EDICIÓN REVISADA Y PUESTA AL DÍA

14ª

JOSÉ LUIS AGUILAR GORRONDONA

PersonaS

Derecho Civil I

Universidad
Católica
Andrés Bello



JOSÉ LUIS AGUILAR GORRONDONA

DERECHO CIVIL
PERSONAS

14ª edición, revisada y puesta al día
(Reimpresión)



Manuales de Derecho
Universidad Católica Andrés Bello
Fondo de Publicaciones UCAB
Caracas, 2001

ÍNDICE

Capítulo I
EL DERECHO CIVIL

Noción y ubicación del Derecho Civil. Contenido del Derecho Civil.

NOCIÓN Y UBICACIÓN DEL DERECHO CIVIL

I. Preliminares

El conocimiento de lo que es Derecho Civil, presupone el conocimiento de lo que es Derecho y de varias clasificaciones del mismo; pero como el estudio de tales temas corresponde a la asignatura "Introducción al Derecho", nos limitaremos aquí a dar las nociones mínimas al respecto.

1° Acepciones de la palabra "Derecho"

La palabra Derecho tiene diversas acepciones, entre las cuales interesa destacar las siguientes:

A) Derecho en sentido objetivo o Derecho Objetivo, es un conjunto de normas de conducta de cierta clase (cuyas características esenciales no estudiaremos aquí). Así, por ejemplo, cuando se dice que tanto gobernantes como gobernados deben respetar el Derecho, quiere decirse que tanto gobernantes como gobernados deben cumplir determinada clase de normas de conducta (las normas jurídicas).

B) Derecho en sentido subjetivo o derecho subjetivo, es una facultad que tiene un sujeto (sin que precisemos aquí que clase de

facultad). Así, por ejemplo, cuando se dice que el propietario tiene el derecho de vender la cosa, se quiere decir que el propietario tiene la facultad de vender la cosa.

C) Otras veces se entiende por Derecho la ciencia que estudia el conjunto de normas que hemos denominado Derecho Objetivo.

D) La misma palabra se emplea, igualmente, como sinónimo de justicia. Así, por ejemplo, muchas veces cuando se dice que "no hay derecho a hacer eso", lo que se quiere decir es que tal acción es injusta.

E) También se emplea la palabra como sinónimo de tasa, contribución o impuesto. Así se habla de los "derechos de registro" de un documento o de los "derechos aduaneros".

Para definir el Derecho Civil bastará definirlo como parte del Derecho Objetivo, lo cual conduce a su vez a examinar las principales divisiones del mismo.

2º Principales divisiones del Derecho Objetivo

El Derecho Objetivo puede ser Natural o Positivo. Derecho (Objetivo) Natural es el conjunto de normas jurídicas que derivan de la naturaleza misma de las cosas y, en especial, de la naturaleza humana. Derecho Positivo, en sentido amplio, es el conjunto de normas dictadas por una autoridad y, en sentido restringido, el conjunto de normas jurídicas dictadas por los Poderes Públicos. Ahora bien, como el Derecho Civil es parte del Derecho Positivo entendido en sentido estricto, convendrá examinar la subdivisión de éste.

El Derecho Positivo, en sentido restringido, ha sido dividido tradicionalmente en Derecho Público y Derecho Privado.

Se ha discutido vivamente el criterio para diferenciar el Derecho Público del Derecho Privado. Tantas son las divergencias al respecto que algún autor afirmaba la existencia de 108 teorías para diferenciar las dos ramas indicadas, sin contar con las llamadas teorías unitarias, que niegan la validez de la distinción entre Derecho Público y Privado. A reserva del estudio pormenorizado de la cuestión en la asignatura "Introducción al Derecho", puede señalarse que el Derecho Privado, del cual forma parte el Derecho Civil, regula las relaciones de los particulares entre sí y de los particulares con el Estado y demás

entes políticos, siempre que éstos en la relación de que se trate no actúen como poder político o soberano en ejercicio de funciones de gobierno y de imperio. Ahora bien, para definir la parte del Derecho Privado que es Derecho Civil no basta analizar el sentido de la palabra civil porque su acepción etimológica (de *civitas*, ciudad), no guarda correlación con lo que actualmente se llama Derecho Civil y porque en sentido vulgar la voz *civil* tiene múltiples acepciones, casi siempre de sentido negativo, cuyo alcance depende del término que se le contraponga: eclesiástico, penal, militar, político o administrativo. En realidad, el Derecho Civil es una entidad histórica más que sistemática.

II. Evolución histórica de la expresión "Derecho Civil"

En Roma la expresión *ius civile* tuvo diversas acepciones; pero la fundamental y más conforme con su significado etimológico, fue la que Derecho Civil era el Derecho peculiar de cada pueblo, y especialmente el Derecho peculiar de los ciudadanos romanos por contraposición al derecho común a todos los pueblos, denominado *ius gentium*.

Durante la Edad Media, Derecho Civil fue sinónimo de Derecho romano al cual se consideraba como una especie de Derecho común y universal. Así, inicialmente, se contrapuso el Derecho Civil a los Derechos locales, llamados también Derechos estatutarios, y posteriormente al desarrollarse el Derecho eclesiástico, se contrapuso el Derecho Civil al Derecho Canónico. Pero aunque en un principio Derecho Civil era todo el Derecho Romano, poco a poco, su significado vino a restringirse al Derecho Privado porque las otras ramas del Derecho Romano dejaron de tener aplicación práctica debido al profundo cambio de las condiciones sociales que se operó en la época.

Al propio tiempo que el concepto de Derecho Civil

siendo Derecho Privado sin constituir una rama especial de éste. El fenómeno ocurrido, como se observa, es parecido al que acaeció con la Filosofía y las Ciencias (Particulares) y conduce a estudiar la ramificación del Derecho Privado.

III. RAMIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

De lo que en Roma se llamaba Derecho Privado, se desprendieron el Derecho Procesal Civil, que hoy se considera Derecho Público, y diversas ramas del Derecho que se caracterizan por el hecho de que sus normas sólo se aplican a determinadas clases o categorías de personas, cosas o relaciones que en razón de sus peculiaridades requieren ser regidas por normas especiales o por normas excepcionales[1]. Las principales de esas ramas son: el Derecho Mercantil, que se aplica a los actos de comercio y a los comerciantes; y el Derecho del Trabajo, que se aplica a los patronos y trabajadores. En algunos países se han desarrollado además, como ramas separadas el Derecho Rural o Agrario, que se aplica a los bienes que están situados en el campo y a la explotación agrícola; el Derecho de la Propiedad Intelectual o Derecho de Autor, que rige los derechos sobre la producción del talento y del ingenio (creaciones del espíritu) que no tienen aplicación en la industria; el Derecho de la Propiedad Industrial, que rige los derechos sobre las producciones del ingenio o del talento (creaciones del espíritu) que tienen aplicación en la industria; el Derecho de Seguros; etc.

IV. NOCIÓN DE DERECHO CIVIL

Las explicaciones precedentes permiten definir el Derecho Civil por eliminación:

a) El Derecho Civil es el Derecho Privado excluidas sus ramas especiales, o lo que es lo mismo, el Derecho Privado Común, o sea, en fórmula más descriptiva, el Derecho Privado que se aplica a todas las personas, cosas y relaciones en defecto de normas de una rama especial que dispongan lo contrario.

1 Normas especiales son las que se apartan de la norma general, pero no del principio que la inspira y normas de excepción son las que se apartan no sólo de la norma general sino también del principio que inspira a ésta.

La definición anterior pudiera inducir al error de creer que el Derecho Civil es la rama de menor aplicación práctica en el Derecho Privado, ya que podría pensarse que las cuestiones más importantes están reguladas por ramas especiales. Pero no es así: por una parte, las normas civiles se aplican en los campos regulados por las ramas especiales en cuanto éstas no contengan norma contraria y por otra parte, aunque las ramas especiales rigen campos muy importantes de la actividad humana, no llegan a regir la mayoría de los campos importantes que regula el Derecho Privado.

Del mismo modo, la definición que se ha dado de Derecho Civil pudiera inducir también al error de creer que éste es la parte de Derecho Privado de menor valor intrínseco, cuando la verdad es que el Derecho Civil comprende los principios generales de todo el Derecho Privado, ya que la mayoría de las normas de las ramas especiales son normas especiales y no de excepción, de modo que se inspiran en los mismos principios que las normas civiles[2]. Además, el Derecho Civil se ha renovado constantemente al dar origen a nuevas ramas, ya que ha tomado de ellas muchas innovaciones originalmente concebidas como normas especiales; pero que después se consideró apropiado consagrar como normas generales.

V. Otras tentativas de definir el Derecho Civil

La fórmula propuesta para definir el Derecho Civil es de las que Castán llama fórmulas sintéticas o sea de las que ven en el Derecho Civil una realidad científica y unitaria. Pero no es por cierto la única fórmula sintética posible: todavía hay autores que pretenden que Derecho Privado y Derecho Civil son sinónimos. Por otra parte, no pocos autores pretenden definir el Derecho Civil mediante fórmulas descriptivas, o sea, mediante el simple enunciado de las materias que regula, como si entre éstas no hubiera sino una simple yuxtaposición.

2 Es más, por circunstancias históricas que no es necesario indicar aquí, buena parte de las teorías generales a todo el Derecho (Público y Privado), tienen origen civilista.

CONTENIDO DEL DERECHO CIVIL

I. INSTITUCIONES CIVILES FUNDAMENTALES

Tradicionalmente el Derecho Civil ha girado en torno a dos grandes instituciones: la persona (a propósito de la cual se contempla como materia principal y de especial relieve jurídico, la familia), y el patrimonio. De allí que pudiera decirse que el Derecho Civil comprende la regulación de dos fines humanos esenciales: procurarse del mundo exterior los medios indispensables para la conservación y bienestar individual, y proveer a la conservación y el bienestar de la especie.

En virtud de las consideraciones anteriores algunos autores han estimado que todo el Derecho Civil puede dividirse en Derecho de Familia y Derecho Patrimonial; pero esta concepción peca por defecto, ya que el Derecho de las Personas no se reduce al Derecho de Familia. En efecto, el Derecho de las Personas incluye, además de las materias relativas a la familia, los llamados derechos de la personalidad o inherentes a la persona que, si bien en una época se consideraban exclusivamente como materia de Derecho Público (Constitucional y Penal), hoy en día se conciben como derechos privados susceptibles de gozar de protección civil; así como incluye también las relaciones que originan los entes que sin ser individuos de la especie humana, gozan de personalidad jurídica.

Por otra parte, debe rechazarse la opinión de quienes intentan excluir al Derecho de Familia del Derecho Civil y dejar éste reducido al campo puramente patrimonial o económico. En efecto, aunque el Derecho de Familia tiene principios y conceptos propios, sus diferencias con el Derecho Patrimonial no alcanzan a tener la magnitud necesaria como para romper la unidad del Derecho Civil, tal como tradicionalmente se le entiende.

En consecuencia de lo expuesto, podemos concluir que el Derecho Civil abarca las siguientes grandes instituciones:

1º *La persona en sí misma*, tanto natural (individuos de la especie humana) como jurídica (entes que no son individuos de la especie humana);

2º *La familia*, en sus relaciones personales y patrimoniales, y

3º *El patrimonio*, entendido como conjunto de relaciones jurídicas activas (derechos) y pasivas (deberes), apreciables en dinero que corresponden a un sujeto. El estudio de esta institución, que constituye la parte más extensa del Derecho Civil, comprende a su vez el estudio de:

A) Los derechos reales, o sean, los derechos subjetivos patrimoniales que confieren a su titular un poder *erga omnes* (oponible a cualquier persona) y directo sobre una cosa o creación del espíritu.

B) Los derechos de crédito o personales o de las obligaciones, o sean, los derechos subjetivos patrimoniales que sólo permiten a su titular (llamado acreedor) exigir una prestación a otra persona determinada (llamada deudor). Y,

C) La sucesión hereditaria que consiste en la transmisión de los elementos del patrimonio de una persona a su muerte.

II. Las ramas del Derecho Civil

De allí que se señalen como ramas del Derecho Civil las siguientes:

1º El "Derecho de las Personas" (o simplemente "Personas"), que estudia tanto las condiciones de la personalidad jurídica como a las personas consideradas en sí mismas (abstracción hecha de sus relaciones con las demás).

2º El "Derecho de Cosas", "Bienes" o "Derechos Reales", que estudia las cosas y los bienes así como los derechos reales que pueden existir sobre ellos.

3º El "Derecho de las Obligaciones" (o simplemente "Obligaciones"), que estudia los derechos de crédito o personales.

4º El "Derecho de Familia", que estudia los estados familiares y las relaciones personales y patrimoniales que derivan de los mismos.

5º El "Derecho de las Sucesiones" (o simplemente "Sucesiones"), o "Derecho Hereditario", que estudia el destino de los elementos del patrimonio de una persona a la muerte de ésta.

Dentro del Derecho de Cosas se incluye, a veces, el estudio de los derechos sobre creaciones del espíritu, tanto si carecen de aplicación a la industria como caso contrario. Otras veces, se considera

que el estudio de los mismos corresponde a dos ramas especiales del Derecho Privado: el Derecho de la Propiedad Intelectual (vieja denominación que tiende a ser sustituida por la de Derecho de Autor y derechos vecinos y conexos), y el de Derecho de la Propiedad Industrial.

Por otra parte, en la exposición moderna del Derecho Civil se hace preceder al estudio de las diversas ramas arriba enumeradas por el estudio de una "Parte General", donde se suelen exponer las teorías fundamentales de todo el Derecho Civil. Dentro de nuestro plan de estudios, los temas de la Parte General están incluidos en la asignatura "Introducción al Derecho"[3].

3 Para ampliar los temas tratados puede consultarse a Castán Tobeñas José, Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo I, 9a edic., Instituto Editorial Reus, Madrid, pp. 29-97.

CAPÍTULO II
NOCIONES HISTORICAS Y DE DERECHO COMPARADO

Principales sistemas contemporáneos del derecho civil
[illegible]
[illegible]
Evolucion del derecho civil venezolano

PRINCIPALES SISTEMAS CONTEMPORANEOS DEL DERECHO CIVIL

[illegible] interés para nosotros.

[illegible]

[illegible] predecir el futuro.

[illegible] *common law* [illegible] grupo [illegible] Derecho romano [illegible] nombre que [illegible] los Derechos de [illegible] el Código Civil francés [illegible] Derechos [illegible] el Código Civil [illegible] subgrupo de los Derechos de los países escandinavos. Sin embargo, no falta quien señale [illegible] para [illegible] los Derechos Europeos [illegible] pertenecientes al grupo del *civil law* [illegible] Derecho Continental, Derecho Romano o Derecho Francés [illegible] para contraponer los Derechos [illegible] germánicos.

Como nuestro Derecho [illegible] pertenece al grupo del *civil law*, [illegible] de la formación histórica de ese sistema.

ETAPAS DEL *CIVIL LAW*, "DERECHO CONTINENTAL", "DERECHO ROMANO" O "GRUPO FRANCÉS"

En el desarrollo histórico [illegible] Derechos que nos interesa pueden distinguirse tres grandes etapas: la romana propiamente dicha, [illegible] y la codificación moderna.

Etapa romana

Esta etapa, que [illegible] de Roma y termina con la codificación de [illegible] aquí por cuanto esa [illegible] en los cursos de Derecho Romano.

2 [illegible]
Revista de Derecho Privado. Madrid 1953, pp. 205-218

ETAPA MEDIOEVAL[3]

I. Característica general

En la Edad Media se desarrolló una verdadera lucha entre el Derecho romano y elementos jurídicos indígenas, canónicos y germanos que se mezclaron y fusionaron en distinta medida y proporción según los diversos pueblos, bajo la influencia de nuevas condiciones sociales y políticas. Se ha dicho con razón que si la Etapa Romana propone [illegible] todos los ordenamientos del grupo se [illegible] la Edad Media [illegible].

[illegible]

El Derecho [illegible]

El Derecho germánico en general influyó el Derecho Civil [illegible] Derecho romano, pero su influencia varió mucho según los lugares y las épocas.

II. Períodos

Dentro de esta etapa pueden distinguirse el período germánico y el período de la recepción del Derecho romano.

[3] [illegible]

1º Periodo germánico

[illegible] *Barbarorum*

[illegible]

[illegible] suevo, gótico y sajón

2º La recepción del Derecho Romano

[illegible] modalidades según los territorios

[illegible]

[illegible]

ETAPA DE LA CODIFICACION MODERNA

I. La codificacion en general

1° El hecho y las causas

[illegible]

[illegible] dispersas.

[illegible] principios generales,

[illegible] de unificación política, y

[illegible] una revolución social

[illegible] pp. 112-116

2° Formas de codificación

La agrupación y ordenación de normas que caracteriza a la codificación puede hacerse en dos formas distintas:

A) La *recopilación*, que es la reunión y yuxtaposición cronológica de las normas, y

B) La *codificación propiamente dicha*, que consiste en reunir todas las leyes de una sociedad o por lo menos de una rama del Derecho en una sola ley general y sistemática donde se fusionan las anteriores.

Las codificaciones antiguas suelen ser recopilaciones de todas las leyes vigentes; las modernas suelen ser codificaciones propiamente dichas de las normas de una rama del Derecho. Como excepciones a estas reglas pueden mencionarse el caso de la codificación de Justiniano, que comprende una codificación propiamente dicha, y el del *Landrecht* prusiano de 1794, que recoge las normas de todas las ramas del Derecho de Prusia.

3° Ventajas e inconvenientes de la codificación

Sobre la materia se discutió mucho, especialmente en Alemania en el siglo pasado. En favor de la codificación estaban Thibaut y sus seguidores, y en contra Savigny y la escuela histórica del Derecho. Savigny señalaba los siguientes inconvenientes: 1) La codificación favorece la creencia de que el legislador es omnipotente, lo que lleva a olvidar las demás fuentes del Derecho; y 2) Como la realidad social cambia, a poco tiempo de entrar en vigencia un Código, éste viene a ser inadecuado frente a las nuevas exigencias sociales, con lo cual surgen dos derechos: el teórico, que está en la ley, y el derecho aplicado, producto de la jurisprudencia. En cambio, los partidarios de la codificación alegaban: 1) Ventajas inherentes a la labor de simplificar, como son la de facilitar el conocimiento y aplicación del Derecho, así como la de elaborar normas generales para sustituir reglas casuísticas; 2) Ventajas políticas, como las de facilitar la unificación política y la revolución social; y 3) Por otra parte, la revisión periódica del Código o la promulgación de leyes especiales puede mitigar los inconvenientes señalados a la Codificación por Savigny y sus partidarios.

4° Derecho Civil y Código Civil en el Derecho moderno

Como la etapa actual del Derecho Civil se caracteriza por la codificación de las normas de esta rama del Derecho, en momentos de entusiasmo codificador se explica que se llegue a caer en la exageración de creer que todo el Derecho Civil está contenido en el Código Civil. Hoy en día se reconoce, por el contrario, que todas las leyes, inclusive el Código Civil, presentan lagunas y que además del Código Civil existen otras leyes civiles, entre nosotros, por ejemplo, la Ley de Venta con Reserva de Dominio, la Ley de Propiedad Horizontal, etc. Pero, aunque no todo el Derecho Civil se encuentra en el Código Civil, conviene estudiar específicamente la codificación civil moderna porque es el fenómeno más llamativo de la actual etapa de evolución de nuestro Derecho Civil.

II. PRINCIPALES ETAPAS DE LA CODIFICACIÓN MODERNA

1° Código Civil de Napoleón de 1804

A) Noticia Histórica. El Código Napoleón no es el primer Código moderno de la Edad Contemporánea, aunque sí es el primero en obtener [illegible], ya que antes se promulgó el *Landrecht* prusiano de 1794 [illegible]. El Código Napoleón obedeció a la necesidad de unificar los dos sistemas jurídicos vigentes en Francia: el sistema romanista de los países de Derecho escrito en el Sur y el sistema germánico de los países de costumbres en el Norte; asimismo obedeció también al deseo de introducir reformas inspiradas por la Revolución Francesa.

La Asamblea Constituyente de 1790 acordó dictar un Código de Leyes Civiles comunes al Reino, la Constitución de 1791 ratificó dicho propósito y la Convención luego promulgó algunas leyes civiles, pero por varios años se sucedieron proyectos de códigos que fueron rechazados por las Cámaras. El 24 de Thermidor del año VIII (12-8-1800), Napoleón, que era el primer Cónsul, nombró una comisión integrada por Tronchet, Portalis, Bigot-Preameneu y Maleville, los cuales en cuatro meses prepararon el llamado Proyecto del año VIII, compuesto por 36 leyes distintas, que tropezó con gran resistencia en las Cámaras y que no fue aprobado hasta que Napoleón

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible] y d) Deja muchas lagunas

[illegible]

2° Códigos Americanos del siglo pasado

[illegible] el Código Civil Argentino.

[illegible]

[illegible]
del Brasil

[illegible]

3º El Código Civil Alemán (B.G.B.)

[illegible]

[illegible]

vadas por su adecuación a las necesidades de la vida práctica. Su terminología es moderna y difícil, pero rigurosamente exacta; cuando emplea fórmulas muy abstractas, pero con ello evita lagunas legislativas.

Su influencia en el exterior: Grande ha sido su influencia sobre el Código Civil japonés (1896 a 1898), suizo de 1907, brasilero de 1916, soviético de 1922, mexicano de 1928, chino de 1929 a 1931, e italiano de 1942.

4° La Codificación Civil Suiza

A) Antecedentes Históricos: La Codificación Suiza tropezó con el obstáculo de la organización federal del país.

En 1881 se aprobó un Código de las Obligaciones que entró en vigencia en 1883 [illegible] que rigiera en el país. Se encomendó el proyecto al profesor Huber, quien lo presentó en 1904; fue aprobado en 1907 y entró en vigencia el 1-1-1912. Ese mismo año entró en vigencia la revisión de la primera parte del Código de las Obligaciones, que se mantuvo separado del Código Civil. La revisión de la segunda parte del Código de las Obligaciones entró en vigencia en 1936.

B) Apreciación: La codificación suiza reúne la sistematización y carácter científico alemanes con la claridad y sencillez del Código francés. Deja un amplio margen al criterio del Juez, lo que permite que pueda regir por mucho tiempo sin ser revisado. Fue copiado literalmente en Turquía.

5° Código Brasilero de 1916

Sintetiza muchas corrientes: la tradición portuguesa, proyectos brasileros anteriores, el Código francés, el BGB, los códigos civiles italiano, español, argentino, etc. El autor del proyecto fue Clovis Bevilaqua. El proyecto se aprobó en 1916 y empezó a regir el 1-1-1917. En 1942, por Decreto-Ley, se le agregó una Ley de Introducción más parecida a la alemana y en 1976 fue objeto de una extensa reforma.

6° Código soviético de 1922

[illegible] varios códigos occidentales

7° Código Civil Mexicano de 1928

[illegible] los Códigos occidentales

8° Código Civil Italiano de 1942

[illegible]

9° Código Civil Portugués de 1967

[illegible]

[illegible]
dentro de éste una fisonomía propia?

EVOLUCIÓN DEL DERECHO CIVIL VENEZOLANO

I. DE LA INDEPENDENCIA AL PRIMER CÓDIGO VENEZOLANO

[illegible] de 1825 [illegible] 1808 [illegible] Nueva Recopilación de Castilla [illegible]
Las Siete Partidas.

[illegible]
ningún proyecto de Código Civil.

[illegible]
llegó a ser considerado por el Congreso.

[illegible]
consultarse a Castán Tobeñas, ob. cit., pp. 141-172.
[illegible]
Bonaparte.

II. El primer Código Civil venezolano

[illegible] alguno.

III. El Código del 67

[illegible] al país.

IV. Los Códigos del 73 y del 80

[illegible]

[illegible]

V. El Código de 1896

[illegible]

VI. El Código de 1904

[illegible] "resolver sus problemas".

VII. Los Códigos del 16 y del 22

[illegible]

[illegible]

VIII. El Proyecto del 31 y el Código de 1942

[illegible]

[illegible] proyecto [illegible] aprobado en 1942.

Promulgado en [illegible] Código de [illegible] adaptar [illegible] social:

1. [illegible] patrimonio del concubino.
2. Se permite [illegible] paternidad natural en vida del padre [illegible] a los herederos del padre.
3. [illegible] padre [illegible] con él.
4. El Estado [illegible] tutela de los menores [illegible] por el Estatuto de Menores [illegible] de Menores.
5. [illegible] especialmente en [illegible] Proyecto [illegible].

[illegible] Código [illegible] social [illegible] proyecto [illegible] Código Civil [illegible] vigente.

[illegible]

IX. Reforma Parcial de 1982

[illegible] de la filiación u otro parentesco.

[illegible] guarda relación con él.

Aun cuando no es ésta la oportunidad de realizar un exhaustivo [illegible] consciencia al dejar constancia de 1º nuestro radical desacuerdo [illegible] más aparentes que eficaces.

[illegible] en la misma época.

Capítulo III
FUENTES FORMALES DEL DERECHO CIVIL VENEZOLANO

[illegible]

FUENTES DEL DERECHO

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

según se adopte uno u otro concepto de norma jurídica, resulten distintas las fuentes del Derecho Objetivo. Nosotros adherimos a la tesis de que normas verdaderas propiamente dichas son los preceptos jurídicos generales.

Por otra parte, como el Derecho Objetivo puede ser Natural o Positivo. Nosotros nos referimos a estas últimas, entendiendo el *Derecho Objetivo Positivo en sentido restringido* (V. supra, capítulo I).

Por otra parte, las fuentes del Derecho Objetivo Positivo pueden ser remotas [illegible] o próximas. Nosotros nos referimos a estas.

Las fuentes próximas del Derecho Objetivo Positivo son objeto de consideración [illegible] se estudian en la asignatura Introducción al Derecho; pero a nuestros propósitos sólo interesan *las fuentes formales*.

FUENTES FORMALES DEL DERECHO POSITIVO

I. Dentro de las fuentes formales del Derecho Positivo pueden distinguirse las fuentes *directas* (que otros llaman simplemente fuentes formales) y las fuentes *indirectas o auxiliares* (que algunos incluyen en la categoría de fuentes materiales).

Por fuentes formales directas (que otros llaman fuentes de **creación o producción del Derecho Positivo**) pueden entenderse: 1º) *los poderes sociales* que producen las normas jurídicas; o 2º) *los modos o formas* de que se valen esos poderes para manifestar externamente la creación de las normas jurídicas. En realidad, existe estrecha conexión entre ambos sentidos de la expresión, por cuanto a cada poder generador de normas corresponde un modo o forma de manifestar las normas jurídicas que crea. Nosotros nos referimos a las fuentes formales directas como modos o formas de manifestación externa de las normas jurídicas.

En los Derechos occidentales contemporáneos, con excepción hecha del sistema angloamericano, esas fuentes formales directas se pueden reducir a dos: *la ley* o el *Derecho escrito* o el *Derecho estatutario*, que es producido por órganos especializados del Estado; y *la costumbre* o *Derecho consuetudinario*, que proviene de la conciencia del pueblo, ya sea directamente o de [illegible] de órganos

especializados del Estado [illegible] Derecho [illegible] debe analizarse [illegible] precedente judicial.

Por fuentes formales [illegible] las fuentes [illegible] normas jurídicas, sirven para precisar el contenido de las mismas.

II. La teoría de las Fuentes formales del Derecho Positivo presenta grandes divergencias entre los autores. Ello se explica fundamentalmente [illegible] porque muchas veces no se precisan cuáles son las fuentes del Derecho que se estudian (del Derecho Objetivo, del derecho subjetivo, de la Ciencia del Derecho, de Derecho Positivo o Natural [illegible] materiales, históricas o formales [illegible] se confunden las cuestiones de cuáles son las fuentes del Derecho y de cuáles deberían ser [illegible] porque las fuentes formales del Derecho Positivo varían en el espacio y el tiempo según el ordenamiento jurídico de que se trate [illegible] dentro de un mismo ordenamiento [illegible] las fuentes formales de una rama a otra [illegible] Derecho vigente, las fuentes del Derecho Mercantil no coinciden con las del Derecho Civil).

III. [illegible] de las fuentes formales de nuestro Derecho Civil vigente.

ENUMERACION Y VALORIZACION DE LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO CIVIL VENEZOLANO VIGENTE

I. En los sistemas [illegible] de derecho Civil [illegible] el sistema [illegible] la ley es la principal fuente formal directa del Derecho Civil [illegible] las normas civiles [illegible] legal y [illegible] las normas civiles legales prevalecen sobre las normas civiles que provengan de otras fuentes. [illegible] sistemas [illegible] *de facto* [illegible] *de la primacía de la ley* [illegible] en la mayoría de

[illegible]

los ordenamientos del sistema de referencias, la propia ley prevé la existencia de otras fuentes formales directas, especialmente de la costumbre, que tienen el carácter de supletorias o sea, cuyas normas solo rigen las materias no reguladas por la ley.

II. En materia de fuentes formales directas del Derecho Civil nuestro legislador ha adoptado una posición radical, ya que no solo establece el principio de la primacía de la ley, *sino que no admite otras fuentes formales directas distintas*. En efecto, cuando no hay disposición precisa de la ley, se ordena tener en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas (C.C. artículo 4, aparte único), o sea, que el silencio de la ley se suple en primer término con otras disposiciones de la misma ley. Si aún así hubiere dudas, se aplicarán los principios generales del Derecho (C.C. artículo 4, aparte único), los cuales, según la opinión a la cual [illegible] propia ley [illegible]. De modo pues, que, en nuestra opinión, *la ley es la única fuente formal directa de nuestro Derecho Civil vigente*.

La costumbre, en nuestro Derecho Civil, solo puede tomarse en cuenta cuando la propia ley se remite a ella; por ejemplo, cuando el artículo 1.612 del Código Civil dispone que se estará a la costumbre *del lugar* respecto de las reparaciones menores o locativas que hayan de ser a cargo del arrendatario en caso [illegible]. Lo mismo ocurre con la equidad, por ejemplo, cuando el artículo 1.187 del Código Civil dispone que si la persona privada de discernimiento causa daño a otra y la víctima no ha podido obtener reparación de quien tiene aquella a su cuidado, los jueces pueden, en consideración a la situación de las partes, condenar al autor del daño a pagar una indemnización *equitativa*. Como se observa, la costumbre y la equidad en los casos señalados no crean la norma, que es lo característico de las fuentes formales directas, sino que solo ayudan a precisar su contenido, o sea, lo que esta ordena, que es lo característico de las fuentes formales indirectas. La misma función corresponde en nuestro Derecho Civil a la jurisprudencia y a la doctrina, razón por la cual estas solo pueden ser calificadas de fuentes formales indirectas.

[illegible]
fuente de la mayoría de las normas civiles.

[illegible] artículo 1.133)

NOCIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA LEY

[illegible] de la ley

I. CONCEPTO DE LEY

[illegible]

[illegible]

[illegible] contiene normas jurídicas

[illegible]

[illegible] *[illegible] por el [illegible]* el Poder Legislativo– y *por la forma en que este* [illegible] presenta [illegible] Constitución para la formación de las leyes. Para evitar [illegible] Poder Legislativo [illegible] por la Constitución para la formación [illegible] simples [illegible] por ejemplo, autoriza al Poder [illegible] leyes [illegible]

II. Formación de las leyes

[illegible] constitucional.

[illegible] materia (Const., arts. 203-218).

III. Clasificación de las leyes formales

Las leyes formales se dividen en leyes orgánicas y simples leyes. Las leyes orgánicas son las que así denomina la Constitución, las que se dicten para organizar los poderes públicos o para desarrollar los derechos constitucionales y las que sirven de marco normativo a otras leyes (Const., art. 203).

Todo proyecto de ley orgánica [illegible] Constitución [illegible] Asamblea Nacional [illegible]

voto de las dos terceras partes de los integrantes presentes antes de iniciarse la discusión del proyecto. Esa votación calificada se aplicará también para la modificación de las leyes orgánicas (Const., art. 203, ap. 1).

La Constitución de 1961 disponía expresamente que las leyes que se dicten en las materias reguladas por leyes orgánicas tienen que someterse a las normas de éstas (Const. de 1961, art. 163, ap. tercero). Dicha disposición no se repite expresamente en la Constitución vigente, pero la exigencia de mayoría calificada para las leyes orgánicas y su modificación, así como las precauciones que toma la Constitución de que la ley calificada de orgánica efectivamente lo sea (Const., art. 203, ap. 2) no parecen explicables si las leyes orgánicas no siguen prevaleciendo sobre las que no lo son.

La clasificación de las leyes en habilitantes y en las que no lo son no interesa al Código Civil.

IV. VIGENCIA DE LA LEY

1º La ley que ha sido promulgada debe publicarse con su correspondiente "Cúmplase" en la Gaceta Oficial (Const., art. 215) y es obligatoria desde su publicación o desde la fecha posterior que ella misma indique (Código Civil, art. 1º).

Así pues, a elección del legislador, la ley entra en vigencia desde el momento de su publicación (si nada se ha indicado sobre el inicio de su vigencia) o, caso contrario, desde la fecha posterior a su publicación que indique la propia ley. En el primer caso se habla de vigencia inmediata y en el segundo, de vigencia diferida.

Por excepción, "La ley tributaria fijará su lapso de entrada en vigencia. En ausencia del mismo se entenderá fijado en sesenta días continuos. Esta disposición no limita las facultades extraordinarias que acuerde el Ejecutivo Nacional en los casos previstos por esta Constitución" (Const., art. 317, ap. 3).

2º La ley sigue en vigencia hasta que sea derogada por otra ley. En efecto, "Las leyes se derogan por otras leyes y se abrogan por referendo, salvo las excepciones establecidas en esta Constitución. Podrán ser reformadas total o parcialmente

[illegible] ley general posterior.

[illegible] Constitución vigente.

V. Fuerza obligatoria de ley

[illegible]

[illegible] sólo se derogan por otras leyes.

[illegible]

[illegible]

[illegible] expresado[5]

[illegible] y las buenas costumbres.

AVERIGUACION Y APLICACION DEL DERECHO

[illegible]

[illegible] Civil.

[illegible] 1.492, 1.528 y 1.529 del Código Civil.

[illegible] segunda [illegible] vez [illegible] la crítica [illegible] interpretación y la investigación del Derecho.

I. La crítica

La crítica comprende la determinación de la existencia y la legitimidad de la norma [illegible]. Como en nuestro Derecho civil la [illegible] formal [illegible] es la ley, nos referiremos sólo a ella.

1. La determinación de la *existencia* de la ley comprende [illegible] de la ley [illegible] texto [illegible] de los textos).

[illegible]

2. Para determinar [illegible] de la ley [illegible] determinar su *legitimidad* [illegible] el texto legal es constitucional o inconstitucional. En nuestro Derecho [illegible] correspondiente.

[illegible]

[illegible]

II. La interpretación

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible] de los cuatro tradicionales.

[illegible]

[illegible] *Resultados de la interpretación* [illegible] cualitativamente.

III. INVESTIGACIÓN DEL DERECHO

1\. [illegible] *lagunas*.

[illegible]

[illegible]

[illegible] recíprocamente, y

4° Cuando la norma es inaplicable por abarcar casos o acarrear consecuencias que el legislador no hubiera ordenado si los hubiera conocido.

2. En todos los casos señalados, para aplicar el Derecho, tiene que encontrar por sí la norma pertinente, en tanto en cuanto no la haya determinado la ley. A esta labor se llama "investigación del Derecho". En los casos de las tres primeras lagunas, la investigación será *integradora*, y en el cuarto caso *modificadora*.

3. En orden a la investigación del Derecho, el aparte único del artículo 4 del Código Civil dispone que: "Cuando no hubiere disposición precisa de la ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del Derecho". Así pues, para la investigación del Derecho en nuestro Derecho Civil se recurre:

A) A la analogía (*analogia legis*), que consiste en aplicar a un supuesto de hecho no regulado la consecuencia jurídica de una norma cuyo supuesto de hecho es tan semejante que desde el punto de vista jurídico puede decirse que existe la misma razón (*eadem ratio legis*) para aplicar la consecuencia jurídica de aquél.

B) A los *principios generales del Derecho* (*analogia iuris*), que son principios inducidos de un conjunto de disposiciones jurídicas y que forman la regla general de la que se deducen esas disposiciones.

CONCURRENCIA DE LEYES

En la aplicación del Derecho se presentan casos en que en un mismo hecho puede ser subsumido en varias normas legales simultáneamente vigentes y que derivan de ese hecho distintas consecuencias jurídicas.

Es posible que esas consecuencias no se excluyan entre sí, caso en el cual no se presenta problema, y que proceda aplicarlas conjuntamente sin armonización alguna; p. ej.: del matrimonio se deriva, conforme a una norma, la obligación de socorro mutuo entre los cónyuges y, según otra, la prohibición de que se celebren ventas

entre mandato y [illegible] pues bien nada obsta para aplicar conjuntamente ambas normas).

También es posible que la ley haya previsto que las distintas consecuencias *[illegible] alternativamente* a elección de una persona, caso en el cual tampoco se presenta problema alguno para determinar la consecuencia aplicable.

Pero, por último, es posible que las consecuencias de esas normas sean *diametralmente incompatibles* (p. ej., la venta de la cosa ajena según el Código Civil es anulable y según el Código de Comercio no es anulable sino perfectamente válida). En esta última hipótesis se plantea la necesidad de *dar preferencia a una de las dos normas incompatibles entre sí*. El criterio fundamental para determinar la norma preferente se desprende del artículo 14 del Código Civil [illegible] principio general [illegible] *la ley especial priva sobre la ley general en la materia que constituye su especialidad*. La correcta aplicación de dicho principio exige que a los efectos del mismo se entienda por ley la norma legal y no el conjunto de normas contenidas en un mismo instrumento legal. En efecto, no se trata de comparar las leyes entre sí sino que es menester examinar las normas en colisión. Así, por ejemplo, aunque el Código de Comercio es en su conjunto ley especial frente al Código Civil, bien pudiera suceder que una disposición de [illegible] determinada [illegible] norma especial frente a una disposición [illegible] de este último en que [illegible] Código de Comercio [illegible] del Código Civil regula [illegible] la especialidad de aquél. En [illegible] casos privará [illegible] la norma [illegible].

Debe advertirse también que a veces es muy difícil la aplicación del principio de que la ley especial priva sobre la ley general en razón de que la especialidad va [illegible] particularidades no es fácil determinar cuál es la ley especial en una materia. La dificultad llega al punto de que en ciertos casos hay que concluir que conforme al principio citado no puede determinarse la norma de aplicación preferente. En esta hipótesis, como ya hemos visto, se considera que existe una laguna de la ley que debe ser llenada mediante los diversos procedimientos de investigación del Derecho".

CAPÍTULO IV
LAS PERSONAS

Concepto de persona en derecho. Determinación de las personas. Clasificación de las personas.

CONCEPTO DE PERSONA EN DERECHO

I. ETIMOLOGÍA DE "PERSONA"

Los actores del teatro antiguo usaban unas máscaras que les servían tanto para representar la fisonomía del personaje que encarnaban como para aumentar el volumen de sus voces. [illegible] *personare* [illegible] verbo *personare*, que significa [illegible], de *sonare*, sonar, y *per*, partícula que refuerza el significado.

Por una figura del lenguaje se pasó a llamar personas a los actores que usaban estas máscaras y luego el Derecho tomó la palabra para designar a quienes actúan en el mundo jurídico.

II. DEFINICIONES DE PERSONA EN DERECHO

Entre las innumerables definiciones de persona en Derecho podemos citar tres, bastante equivalentes: 1º Persona es todo ente susceptible de tener derechos o deberes jurídicos. 2º Persona es todo ente susceptible de figurar como término subjetivo en una relación jurídica, y 3º Persona es todo ente susceptible de ser sujeto activo o pasivo —pretensor u obligado— en una relación jurídica.

III. Relación entre el concepto de personas y otros conceptos

[illegible] entre el concepto de persona y [illegible] personalidad, capacidad jurídica o de goce, sujeto de derecho y cosa.

1. *Persona, personalidad y capacidad jurídica o de goce.* [illegible] personalidad [illegible] ser persona [illegible] aptitud para ser [illegible] *de facto* personalidad.

[illegible] las expresiones [illegible] capacidad jurídica o de goce es [illegible] en otra.

2. *Persona y sujeto de derecho.* [illegible] el concepto de persona [illegible] sinónimo de persona.

3. *Persona y cosa.* [illegible]

Determinación de las personas

I. En esta materia el Derecho vigente se opone a los anteriores

[illegible]

dientemente de su edad, sexo, salud, situación familiar y otras circunstancias. Pero no sucede así:

A) El Derecho romano no consideraba la personalidad y la capacidad jurídica como resultado de la naturaleza humana, sino como una consecuencia del estado, el cual tenía los caracteres de un privilegio o concesión de la ley. Así, en Derecho romano carecía totalmente de personalidad el esclavo, porque no tenía el *status libertatis*; carecía de personalidad, a los efectos del *ius civile*, el extranjero, porque no tenía el *status civitatis*; y tenían limitada la capacidad jurídica los *alieni iuris*, sujetos a la potestad de otro, porque carecían del *status familiae*. Y

B) El Derecho medieval, moderno e incluso contemporáneo conoció la llamada muerte civil, institución mediante la cual el individuo, a consecuencia de ciertos votos religiosos o de ciertas condenas penales, perdía su personalidad o parte de ella, por lo menos en el campo del Derecho Privado.

2. Por otra parte, *el Derecho vigente reconoce personalidad jurídica a entes distintos a los individuos de la especie humana, pero que persiguen fines humanos* (por ej.: el Estado, las sociedades mercantiles, etc.). Son las llamadas personas jurídicas *stricto sensu* (también personas colectivas, morales, abstractas o sociales; todas estas expresiones se emplean como sinónimas).

La idea de reconocer personalidad a entes que no fueran individuos de la especie humana se concibió en forma clara y sistemática en [illegible] del Derecho romano [illegible]. II. El desarrollo de la institución de las personas jurídicas fue obra laboriosa de la jurisprudencia medieval, que con elementos de los Derechos romano, germánico y canónico, acertó a encontrar soluciones prácticas adecuadas, pero no pudo crear una doctrina coherente en la materia. La Revolución Francesa extendió su animadversión hacia los gremios y corporaciones a todas las personas jurídicas *stricto sensu*, lo que explica que el Código Napoleón no contenga reglas que las regule.

La reglamentación legislativa expresa de las personas jurídicas tiene su origen en el siglo pasado. Fue el Código Civil chileno de 1855 el primer código importante que reglamentó dichas personas. Le siguieron el viejo Código Civil portugués y numerosos códigos civiles

americanos y el Código Civil español. Pero fue el B.G.B. el primero que previó una reglamentación completa en la materia, que luego inspiró a los Códigos Civiles japonés, suizo, peruano de 1936 y venezolano de 1942. En la actualidad existe una rica y valiosa bibliografía sobre las personas jurídicas, pero aún se discute vivamente acerca de la naturaleza de las mismas, como se verá al estudiar la asignatura "Introducción al Derecho".

5. *En cambio, el Derecho vigente ha abandonado las desviaciones antiguas y medievales de reconocer la personalidad jurídica a ciertos entes.* En especial no se la reconoce a los animales, a los cuales los emperadores romanos llegaron a conceder honores y los juristas medioevales a exigir responsabilidades penales.

Las disposiciones protectoras de los animales que existen en el derecho vigente no implican concesión de derechos a tales seres, sino que son normas dictadas en protección de intereses humanos que tienen por objeto a los animales y que pueden ser utilitarios (p. ej.: evitar la extinción de una especie) o de otro orden (p. ej.: evitar el desagrado de presenciar crueldades inútiles). Menos aún puede considerarse que el Derecho vigente sujete a los animales al cumplimiento de deberes civiles o penales, aun cuando sus dueños puedan llegar a incurrir en responsabilidad con motivo de hechos de sus animales.

Las disposiciones protectoras de los vegetales tienen el mismo carácter que las protectoras de los animales: en realidad protegen intereses humanos que tienen por objeto tales entes.

II. Desde otro punto de vista vale la pena destacar que desde hace mucho tiempo se discute si el Derecho Positivo se limita a reconocer la personalidad jurídica de los entes que la tienen o si la personalidad de los mismos es *creada* por el Derecho Positivo. En otras palabras, se discute si la personalidad jurídica es *anterior* al Derecho Positivo, que sólo la declara, o si es una *consecuencia* de dicho Derecho, que la *constituye o crea*. Sin examinar las teorías propuestas, podemos presentar las siguientes conclusiones: 1º) El Derecho Positivo debe atribuir personalidad jurídica a los individuos de la especie humana y a determinadas personas jurídicas *stricto sensu*, porque así lo exige la consideración racional de la naturaleza humana, mientras que queda en libertad para atribuirla o no a otros

entes; pero si el Derecho Positivo puede desconocer y de hecho ha desconocido ese deber [illegible], la determinación de cuáles son los entes que gozan de personalidad jurídica en un ordenamiento dado, la hace el Derecho Positivo.

CLASIFICACIÓN DE LAS PERSONAS

Las personas en Derecho, o sea, las personas jurídicas en sentido lato, se clasifican en:

I. *Personas naturales, individuales, físicas, simples o concretas*, que son los individuos de la especie humana [illegible].

II. *Personas jurídicas en sentido estricto, colectivas, morales, complejas o abstractas*, que son todos los entes aptos para ser titulares de derechos o deberes y que no son individuos de la especie humana. Se subdividen en personas jurídicas de Derecho Público y de Derecho Privado. Distinguir conceptualmente [illegible] tan difícil como distinguir conceptualmente entre Derecho Público y Derecho Privado.

1. El Código Civil (art. 19) [illegible] personas de Derecho Público: la Nación [illegible] entidades que la componen, las Iglesias [illegible], las Universidades y los demás seres o cuerpos morales de carácter público. Nos limitaremos a examinar [illegible]

[illegible] las personas jurídicas de Derecho [illegible] al ordenamiento internacional[1].

A) *La Nación* [illegible] Estado. De acuerdo con la doctrina tradicional, el Estado [illegible] doble personalidad según sea el carácter jurídico de su intervención: si actúa en ejercicio de funciones públicas se le denomina Estado-poder y si actúa en el plano privado [illegible] Estado-persona, [illegible]

1 [illegible] Naciones Unidas (ONU) [illegible] Estados Americanos (OEA), etc.).

o Fisco Nacional. Modernamente, sin embargo, se considera que el Estado tiene una personalidad única, aunque pueda actuar en los dos planos señalados.

Debe advertirse que si bien el Estado tiene personalidad jurídica, no son personas jurídicas todos sus órganos; p. ej., no son personas jurídicas el Congreso, los Tribunales, etc.

B) Las entidades que componen el Estado, en particular los Estados de la Unión y las Municipalidades. Esas entidades son las llamadas entidades públicas territoriales o Corporaciones Territoriales. La propia Constitución consagra expresamente la personalidad jurídica de los Municipios (Const., art. 168).

C) Las Iglesias de cualquier credo. La situación legal varía según se trate de la Iglesia Católica o de otros cultos.

a) La Iglesia Católica [illegible] por parte del Ejecutivo de que sus normas internas no contrarían los principios de orden público de la Constitución y demás leyes. Por otra parte, Venezuela reconoce la personalidad jurídica internacional de la Santa Sede y del Estado de la Ciudad del Vaticano, reconoce a la Iglesia Católica en la República como persona jurídica de carácter público y declara que gozan además de personalidad jurídica para los actos de la vida civil las Diócesis, los Capítulos Catedralicios, los Seminarios, las Parroquias, las Órdenes, Congregaciones religiosas y demás institutos de perfección cristiana canónicamente reconocidos (Convenio entre la Santa Sede y la República de Venezuela, arts. 3º y 4º)[2].

b) Los cultos no católicos, en cambio, requieren el mencionado reconocimiento por parte del Ejecutivo[3], antes de lo cual, en nuestro concepto, no gozan de personalidad jurídica[4].

2 Para este [illegible] Torres Ellul, Miguel: El Convenio entre la Santa Sede y la República de Venezuela, [illegible] separata de la *Revista Española de Derecho Canónico* [illegible] Arquidiócesis [illegible] las Prelaturas Nullius. Asimismo, [illegible] Congregaciones Religiosas [illegible] institutos de perfección [illegible] las sociedades de vida en común sin voto y los institutos seculares.

3 Esta exigencia [illegible] sin embargo, muchos consideran inconstitucional.

4 [illegible]

- *Personas jurídicas (lato sensu)*
  - *Personas naturales (individuales, físicas, simples o concretas)*
  - *Personas jurídicas (stricto sensu), colectivas, morales, complejas o abstractas*
    - *de Derecho público*
    - *de Derecho privado*
      - *de Tipo fundacional*: fundaciones
      - *de Tipo asociativo*: asociaciones (lato sensu)
        - corporaciones
        - asociaciones (stricto sensu)
        - sociedades

D) *Las Universidades*. Debe advertirse que analizamos una disposición del Código Civil de 1942 y que en ese momento no existían sino Universidades del Estado, de modo que todas eran indiscutiblemente personas de Derecho Público. Desde 1953 existen en Venezuela Universidades Privadas que adquieren su personalidad por el cumplimiento de las formalidades que señala la Ley de Universidades, pero respecto de las cuales resulta al menos dudoso que sean personas de Derecho Público.

E) *Los demás seres o cuerpos morales de carácter público* (como por ejemplo los Institutos Autónomos), cuya determinación, clasificación y estudio corresponde al Derecho Público.

2. *Las Personas de Derecho Privado* se subdividen en personas de tipo fundacional (las fundaciones) y de tipo asociativo (asociaciones en sentido amplio). Antes de entrar en detalles, es necesario que aclaremos esta terminología comparando las formas típicas de las personas jurídicas.

A) *Las personas de tipo fundacional* (fundaciones) se caracterizan por ser un conjunto de bienes destinado exclusiva y permanentemente a la consecución de un fin. Carecen pues de sustrato personal, ya que sus miembros (los fundadores) no forman parte de la fundación, y sólo tienen sustrato real (bienes) (art. 20). De allí que se las llame *universitas bonorum* (universalidad de bienes).

B) *Las personas de tipo asociativo* (asociaciones en sentido amplio) se caracterizan por ser un conjunto de personas que persiguen un fin común para cuya consecución destinan determinados bienes de manera exclusiva y permanente. Tienen pues tanto sustrato personal (miembros que forman parte de la asociación) como sustrato real (bienes). Se las llama *universitas personarum* (universalidad de personas). Nuestro Código Civil menciona tres clases de tales personas: las corporaciones, las asociaciones en sentido estricto y las sociedades.

a) Las corporaciones se caracterizan 1º porque son mandadas a crear o reconocidas por una ley especial que regula su funcionamiento y 2º porque en ellas predominan intereses colectivos sobre los intereses individuales (ejemplo de corporaciones son los colegios profesionales: de abogados, médicos, etc.). Para evitar confusiones debe advertirse que no todo lo que se llama corporación en el lenguaje corriente es corporación en el sentido expuesto. Así,

por ejemplo, la Corporación Venezolana de Fomento nunca fue una corporación de Derecho Privado sino un Instituto Autónomo y, por lo tanto, una persona de Derecho Público. A su vez, las entidades comerciales que llevan el nombre de corporación tampoco son corporaciones sino sociedades mercantiles (la explicación es que equivocadamente se ha traducido por corporación la palabra inglesa *corporation*, que significa sociedad mercantil).

b) *Las asociaciones propiamente dichas* son las demás personas de Derecho Privado cuyos miembros no persiguen un fin de lucro para ellos mismos (aunque el ente pueda realizar operaciones lucrativas). Ejemplo: un club de ajedrez o de deportes, una agrupación de investigadores científicos, etc., siempre que se constituyan como personas en Derecho, para lo cual deben cumplir las formalidades señaladas en el último capítulo de este Manual.

c) *Las sociedades se caracterizan por ser personas de Derecho Privado cuyos miembros persiguen un fin de lucro para ellos mismos* (el lucro del ente no es sino un medio para el lucro de sus componentes). Las personas de las sociedades se estudiarán también en el último capítulo de este Manual. Sin embargo, debe destacarse que así como no es corporación todo lo que tiene nombre de corporación, existen muchos entes que se denominan sociedades cuando en realidad son asociaciones. Ello se explica porque hasta el Código de 1942 nuestra terminología legal no distinguía en forma neta entre asociación y sociedad, de modo que más de una asociación en el sentido que da a la palabra el Código vigente se llama sociedad simplemente porque nació bajo el imperio del Código de 1922 o porque sigue la terminología de este.

CAPÍTULO V

LA PERSONALIDAD DEL SER HUMANO: INICIO

Comienzo de la personalidad de las personas naturales. El momento de la separación. La persona por nacer. Situación de concebido y de la persona por nacer. [illegible] de la concepción. La personalidad del ser humano.

Todos los individuos de la especie humana son personas naturales (C.C. art. 30) y aunque no lo diga expresamente, todos [illegible] los seres humanos son personas naturales. Como hemos visto en el capítulo anterior no siempre ha sido así; en otras épocas el Derecho ha negado personalidad a ciertas categorías de seres humanos (esclavos, siervos) y la ha atribuido [illegible] [illegible]

El tema central de este capítulo es la determinación del comienzo de la personalidad del ser humano. En el próximo se tratará de la terminación [illegible] de esa personalidad.

COMIENZO DE LA PERSONALIDAD DE LAS PERSONAS INDIVIDUALES. TEORÍAS

Todas las teorías propuestas al respecto coinciden en señalar como comienzo de la personalidad del ser humano el momento en que este adquiere vida independiente. Las divergencias surgen porque no existe acuerdo acerca de cuándo el hombre adquiere vida independiente. Las principales teorías son:

I. Teoría de la concepción

Sostenida por Grocio, en España y con remotos antecedentes en la doctrina de los Santos Padres, esta teoría sostiene que la vida humana independiente comienza en el momento de la concepción y que por ende la personalidad jurídica del ser humano debe comenzar en dicho momento. En la práctica esta teoría no ha sido consagrada en el derecho positivo, especialmente por la gran dificultad que existe para determinar con exactitud el momento de la concepción.

II. Teorías del nacimiento

Sostienen que la personalidad del ser humano comienza con el momento del nacimiento, por considerar que con anterioridad el concebido no tiene vida independiente. Los partidarios más extremistas llegan a sostener que el feto no es sino una parte de la madre (*portio mulieris*), lo que es hoy insostenible, ya que biológicamente está demostrado que el feto no es parte del organismo de la madre y desde luego tiene una vida diferente de la vida de ella.

Estas teorías del nacimiento, a veces alternadas o complementadas, han predominado desde los tiempos de Roma. Dentro de ellas podemos distinguir:

1º La teoría de la *vitalidad*, que sólo exige que el feto nazca vivo para reconocerle personalidad. Esta teoría es, entre todas las teorías del nacimiento, la que predomina desde los tiempos de Justiniano.

2º La teoría de la *viabilidad*, que exige que el feto nazca vivo y viable (*vitae habilis*, es decir, hábil para la vida), o sea, apto para vivir fuera del seno materno, ya que estima que, en caso contrario, no existe una vida humana *independiente*. Acogieron esta teoría, entre otros, el Código Civil francés, el italiano de 1865 (no el vigente) y el español. El grave inconveniente que presenta esta teoría deriva de la dificultad de determinar si un feto nacido vivo es viable o no, y de probarlo después. Para obviar tal inconveniente, el Código Civil italiano de 1865 estableció una presunción *iuris tantum* de viabilidad, o sea, que consideraba que el feto nacido vivo había

nacido viable, salvo que se probara lo contrario[1]. El Código Civil español establece en cambio una presunción *iuris et de iure* de que es viable todo niño que sobrevive 24 horas al nacimiento y de que no lo es el que no sobreviva dicho plazo. Este sistema de determinar la viabilidad por la supervivencia del niño no corresponde a la realidad, ya que puede ser viable un niño que muera a las pocas horas de nacido (p. ej., por un accidente) y no serlo un niño que fallezca al segundo o tercer día de nacido.

3º La teoría de la *figura humana*, que sostenía que, en todo caso, acéptese la teoría de la vitalidad o de la viabilidad, la personalidad jurídica presuponía que el nacido tuviera figura humana. Con ello se pretendía excluir a los "prodigios" o "monstruos", pero hoy día nadie admite la teoría porque se sabe que es la generación y no la figura lo que determina la condición humana del nacido.

1 La *presunción* consiste en [illegible] probable).
Las presunciones pueden ser simples (*hominis*) o legales (*juris*). [illegible] *iuris et de iure* [illegible] *iuris tantum* [illegible] que había nacido vivo.

III. LA TEORIA ECLECTICA DEL DERECHO COMUN EUROPEO

[illegible] *de eius commodis agitur*).

EL NACIMIENTO Y SU PRUEBA

[illegible]

[illegible] gestación normal), cualesquiera [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible] histológica—, digestiva, etc.).

El medio legal por excelencia para probar el nacimiento es la partida de nacimiento y, en su defecto, la sentencia supletoria correspondiente (v. capítulo XI).

La carga de la prueba de que el niño nació con vida corresponde a quien lo afirma, o sea, que corresponde probar que el niño nació y que nació vivo a quien fundamente una pretensión en el hecho de que el niño nació vivo. En nuestro Derecho no existe la presunción del Código Civil argentino de que en la duda debe considerarse que el niño nació vivo.

Igualmente debe señalarse que quien alegue un derecho que dependa del momento del nacimiento de una persona y, en particular, del orden cronológico en que ocurrieron los nacimientos de dos o más personas, tiene la carga de probar el momento del nacimiento y, en su caso, el orden cronológico de los nacimientos en cuestión. No existe presunción alguna en esta materia.

LA PERSONA POR NACER

A pesar de que nuestro Derecho recoge en principio la teoría de la vitalidad, también toma en cuenta a la persona por nacer (*nasciturus*, [illegible]) [illegible] (*conceptus*) [illegible] (*nondum conceptus*) [illegible]

[illegible]

- [illegible] necesario que produzca esa prueba.

I. LA SITUACIÓN DEL CONCEBIDO (*CONCEPTUS*)

1° Noticias históricas y de derecho comparado

A) En el curso de la evolución del Derecho romano aparecieron sucesivamente diversas manifestaciones de la protección del *conceptus*: v.gr. la suspensión de la ejecución de la mujer encinta hasta después del parto; la institución de la curatela al vientre mediante la cual se encomendaba a una persona (*curator ventris*) la misión de proteger al feto en determinados casos, especialmente contra la posibilidad de aborto voluntario; o el reconocimiento del derecho del hijo póstumo de ser instituido como heredero en testamento [illegible] fórmulas doctrinarias que recordaban [illegible] protección al feto [illegible] del Derecho Positivo [illegible] Paulo exageraba al decir que "quien está en el útero materno se considera como si viviera cuantas veces se trate de proteger los intereses del parto mismo, por más que no pueda aprovechar a otros antes de que haya nacido".

B) El Derecho común europeo consagró el conocido principio de que *infans conceptus pro iam nato habetur quoties de eius commodis agitur*.

C) En el Derecho contemporáneo se pueden distinguir tres posiciones principales respecto de la protección del feto:

a) Algunas legislaciones, inspiradas en la vieja idea de que el feto es una simple *portio mulieris*, no le acuerdan prácticamente ninguna protección. Tal es el principio tradicional —hoy mitigado— en los sistemas angloamericanos.

b) En otros Derechos, como el francés y el alemán, la ley contiene normas expresas protectoras del feto para ciertos efectos determinados, especialmente para permitirle recibir por sucesión. Dentro de este sistema la interpretación extensiva y la aplicación analógica de las normas dichas conducen a conceder al feto una protección general.

c) En otros Derechos, la ley consagra expresamente un principio general de protección al feto. Tal es el caso del Código

5 [illegible]

Civil español, italiano de 1942 y venezolano vigente. Como puede apreciarse por lo expuesto, la diferencia entre este sistema y el anterior es sólo de técnica legislativa, pues conduce al mismo resultado práctico.

2° Situación del concebido en el Derecho Civil Venezolano

En nuestro Derecho, "El feto se tendrá por nacido cuando se trate de su bien; y para que sea reputado como persona, basta que haya nacido vivo" (C.C., art. 17). Al respecto observemos que:

A) Por "feto", en el sentido del Código Civil, debe entenderse todo ser humano concebido mientras no haya nacido, cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde la concepción. Así pues, el término "feto" no debe entenderse aquí en el sentido médico de la palabra, de acuerdo con el cual el concebido no se llama feto sino a partir de las 8 semanas de la ovulación o de las 10 semanas a partir de la última menstruación de la madre.

B) El sentido de la ley al establecer que el feto se tendrá por nacido cuando se trate de su bien, es que se le tendrá por nacido cuando ello le favorezca. El caso más típico es la adquisición gratuita de derechos (por ejemplo, a consecuencia de donaciones o sucesiones), pero puede tenerse *de cualquier otra manera de conducta que le favorezca*. Así, por ejemplo, el feto puede ser reconocido por su padre natural, lo que en sí misma no implica que adquiera un derecho, pero le confiere la ventaja de poder probar quién es su padre. La posibilidad de reconocer al feto, señalada por la doctrina como consecuencia de la norma que comentamos, fue expresamente reconocida con posterioridad por el hoy derogado artículo 3 de la Ley sobre Protección Familiar y luego por el Código Civil reformado (art. 223).

Por otra parte, la norma del artículo 17 del Código Civil implica que el feto no puede quedar obligado cuando ello le sea desfavorable, *pero puede quedar obligado caso contrario*, lo que ocurre cuando resulta necesario quedar obligado para adquirir derechos inseparables de dichas obligaciones, pero que son superiores a ellas (p. ej., el feto puede quedar obligado a consecuencia de una herencia cuyo activo sea superior al pasivo).

C) Por [illegible] del feto [illegible] posteriormente nazca vivo sin [illegible] como si el feto no hubiera existido.

3° Explicación de la situación jurídica del feto entre la concepción y el nacimiento: teorías

[illegible] situación jurídica del feto [illegible] el momento del nacimiento [illegible] según que [illegible] en el primer caso se lo reputa persona desde el momento de la concepción, mientras que en el segundo [illegible] Para explicar [illegible] las siguientes teorías.

A) *[illegible]*. Según esta teoría, cuyo principal [illegible] personalidad al feto [illegible] intereses eventuales [illegible] Esta teoría [illegible] la ley misma.

B) *Teorías que no reconocen personalidad al feto*. La mayoría de los autores sostienen que el feto no es persona, aunque difieren sus explicaciones sobre la situación del mismo entre el nacimiento y la concepción.

a) Algunos consideran que entre la concepción y el nacimiento [illegible] al feto, caso de estar

[illegible]

ficciones.

[illegible]

[illegible] *quedan sin titular*. [illegible] la persona a quien habrían correspondido a falta del feto. A esta explicación se [illegible] que [illegible] sin sujeto y que todo derecho supone [illegible] una facultad de [illegible] y no se concibe que exista [illegible] que la tenga.

b) Otros sostienen que en el período [illegible] los derechos del feto tienen *sujeto indeterminado*. A pesar de [illegible] esta teoría se cae en cuenta de que coincide con la anterior.

c) Para otros, en el período indicado, los derechos de referencia se atribuyen al feto bajo *condición suspensiva* de que nazca vivo. Con ello implícitamente se reconoce la personalidad del feto, ya que se le reconoce la posibilidad de tener derechos, aunque éstos sean condicionales.

d) Para otros, los derechos en referencia se [illegible] persona a quien habrían correspondido [illegible] feto bajo *condición resolutoria* de que nazca vivo [illegible] implícitamente en la anterior.

e) *Teorías que reconocen personalidad al feto*. Otros autores sostienen que [illegible] el feto tiene personalidad jurídica, sólo que su capacidad [illegible] limitada.

[illegible] el feto nace vivo, se considera que no hay transmisión de derechos entre el feto y la persona a quien se atribuye [illegible] negar que el feto haya sido persona [illegible] el feto sólo puede tener derechos condicionales y que la condición produce efectos retroactivos, estos efectos de la condición bastan para explicar que no haya la transmisión [illegible] sin necesidad de negar

[illegible]

tendría por no hecha.

[illegible] sólo aproximadamente exacta.

la personalidad del feto[6]. Aun cuando nos adherimos a la teoría de que el feto es persona, no debemos ocultar que la opinión dominante es la contraria.

III. SITUACIÓN DE LA PERSONA POR CONCEBIR (*CONCEPTURUS*)

El Derecho también toma en cuenta a la persona desde antes de ser concebida, aunque a efectos muy limitados.

"Los hijos por nacer de una persona determinada pueden *recibir donaciones* aunque todavía no se hayan concebido" (C.C. art. 1.443, encab.)

"Para *aceptar la donación*, los hijos no concebidos serán representados por el padre o por la madre indicados por el donante según el caso"[7] (C.C. art. 1.443, ap. 1º).

Por regla general, a menos que el donante disponga otra cosa, la *administración de los bienes donados* la ejercerá él y en su defecto sus herederos, quienes pueden ser obligados a prestar caución (C.C. art. 1.443, ap. 2º)[8].

---

6 Una vez cumplida la condición [illegible] por mandato de la ley, tiene efectos retroactivos [illegible] En consecuencia [illegible] suspensiva [illegible] [illegible] (lo cual constituye una ficción legal).
En el caso [illegible] suspensiva [illegible] [illegible] de modo que se [illegible]

7 [illegible] por tanto requiere del [illegible] partes, la que dona [illegible] y la que recibe [illegible] es imposible que el no concebido preste su consentimiento [illegible] padre o madre indicado por el donante [illegible] progenitor [illegible] donante [illegible] padre o la madre, indistintamente.

8 Caución es sinónimo de garantía. Así, por ejemplo, son cauciones la fianza, la prenda y la hipoteca.

2. Igualmente pueden *recibir por testamento* los hijos de una persona determinada que vivan en el momento de la muerte del testador, aunque no estén concebidos todavía (C.C., art. [illegible], ap. [illegible]). Así, por ejemplo, una persona puede nombrar como herederos a los hijos de su único hermano, incluyendo expresamente a los que éste llegue a concebir en lo futuro.

Aunque la ley no lo diga en materia de sucesiones, ninguna duda cabe de que, por aplicación analógica de las normas sobre donaciones, corresponde al padre o a la madre designados por el testador aceptar la herencia o legado en representación del aún no concebido[9]. En cuanto a la administración de los bienes correspondientes se aplican las normas sobre disposiciones testamentarias condicionales (C.C., art. 925), mientras el *concepturus* no llegue a ser concebido o quede excluida la posibilidad de que llegue a serlo.

3. Por último, pueden constituirse *[illegible]* en favor de los descendientes inmediatos, o sea, los hijos por nacer de una persona determinada (C.C., art. 633)[10].

9 [illegible]

10 [illegible]

CÁLCULO DE LA CONCEPCIÓN

I. IMPORTANCIA

[illegible] poder determinar el momento [illegible] cuando comienza la protección [illegible] para otros efectos jurídicos, tales [illegible] la determinación de la paternidad de los hijos.

II. DIFICULTAD

[illegible] Por esa razón [illegible] la concepción.

III. DERECHO COMPARADO

[illegible]

[illegible] que esta fuera la Revolución Francesa.

IV. Derecho venezolano

Entre nosotros no existe una norma expresa para calcular el lapso de la concepción a todos los efectos legales, aun cuando la reforma de 1982 estableció una disposición expresa para efectuar dicho cálculo a los efectos de determinar la filiación, cualquiera que sea su origen. Así, actualmente el Código establece en la sección "Presunciones relativas a la filiación" que: "Se presume, salvo prueba en contrario, que la concepción tuvo lugar en los primeros ciento veintiún (121) días de los trescientos (300) que preceden al día del nacimiento" (C.C. art. 213). De ahí se concluye que el legislador considera que, salvo prueba en contrario, la duración mínima de la gestación de un niño que nace vivo es de 180 días y la máxima de 300. En efecto, entre los días 180 y 300 anteriores al nacimiento [illegible] hay 121 días (300 - 179 = 121)[12].

Ahora bien, la doctrina dominante sostiene que la expresada presunción es aplicable a todo efecto legal en que interese determinar la época en que una persona fue concebida, ya que no puede suponerse que el período de la concepción varíe según el efecto jurídico de que se trate, porque [illegible] es de naturaleza biológica [illegible] en nuestro Derecho porque [illegible] la reforma de 1982. A los efectos sucesorios la época de la concepción se determinará por las presunciones legales establecidas en los artículos 201 y siguientes para la determinación de la filiación paterna (C.C. art. 809, 2ª disp.)[13].

12 [illegible] 300 [illegible] 180 [illegible] día 180º

13 [illegible] el legislador [illegible] art. 213 [illegible] es más general

Capítulo VI
LA PERSONALIDAD DEL SER HUMANO: FIN

Extinción de la personalidad de las personas individuales. La muerte y su prueba. Premoriencia y conmoriencia. Efectos jurídicos de la muerte

EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD DE LAS PERSONAS INDIVIDUALES. LA MUERTE Y SU PRUEBA

En el Derecho vigente la única causa de extinción de la personalidad del ser humano es *la muerte en el sentido biológico de la palabra*. No siempre fue así. Mientras existió la esclavitud, el hecho de someter a ella extinguía la personalidad del ser humano y mientras existió la figura de la muerte civil la personalidad, por lo menos en el ámbito del Derecho Civil, se podía perder como consecuencia de ciertas condenas penales o de ciertos votos religiosos. En cambio, en nuestro Derecho vigente no existe ninguna declaración o presunción de muerte que se dicte sin estar probada la muerte y que sin embargo extinga la personalidad del individuo[1].

Por muerte en sentido biológico debe entenderse la cesación de las funciones vitales del individuo aun cuando subsistan funciones vitales de partes del mismo. La determinación de si un individuo ha muerto o no es una cuestión de carácter médico-legal.

1 En nuestro Derecho existen, como se verá en el capítulo XXXII, presunciones de muerte, pero éstas no producen la extinción de la personalidad del presunto muerto.

Para probar la muerte, *el medio legal* por excelencia es la partida de defunción y a falta de ésta la correspondiente sentencia supletoria. De ambos [illegible] se tratará al estudiar el Registro Civil.

La *carga de la prueba* de la muerte de una persona y, en su caso, la carga de la prueba del momento en que ocurrió, corresponden a quien alegue un derecho que presuponga dicha muerte y, en su caso, la oportunidad de la misma.

PREMORIENCIA Y CONMORIENCIA

I. Introducción

A veces interesa determinar cuál de dos o más sujetos ha muerto primero, [illegible] cuando dichos sujetos han fallecido en un mismo acontecimiento sin que existan medios del orden en que ocurrieron las muertes. Las legislaciones resuelven el problema acogiendo el sistema de la premoriencia o el de la conmoriencia.

II. Sistema de Premoriencia

De acuerdo con este sistema se determina el orden de las muertes mediante la presunción de que sobrevive el más fuerte, y se determina quién es el más fuerte a base de criterios objetivos que ordinariamente son el sexo y la edad.

Dicho sistema tuvo su origen en el Derecho romano, el cual establecía presunciones de premoriencia: 1º) cuando la duda se refería a ascendientes y descendientes; y 2º) cuando una persona era púber y la otra impúber. El Derecho común europeo aumentó las presunciones de la premoriencia. El Código Civil francés estableció que si se dudaba acerca del orden de las muertes entre varias personas llamadas a sucederse recíprocamente y que habían perecido en un

2 [illegible]

mismo acontecimiento, ese orden debía determinarse por las circunstancias y en su defecto por el sexo y la edad. El propio Código mexicano tiene una serie de reglas para presumir la supervivencia, de acuerdo con el sexo y la edad.

Al sistema de premoriencia se le critica que determina el orden de las muertes en forma arbitraria, ya que: 1º) en muchos casos la supervivencia no tiene relación directa con la fortaleza; y 2º) además del sexo y de la edad, existen otras circunstancias cuya enumeración completa parece imposible y que, sin embargo, tiene estrecha relación con la capacidad de cada quien para hacer frente a los peligros de muerte (defectos físicos o mentales, estado de salud, etcétera).

III. Sistema de conmoriencia

La crítica del sistema anterior ha llevado a la mayoría de las legislaciones modernas a recoger el sistema de la conmoriencia, según el cual, a falta de pruebas, se considera que todas las personas murieron al mismo tiempo.

En Venezuela, el sistema está consagrado en los siguientes términos: «Si hubiere duda sobre cuál de dos o más personas llamadas recíprocamente a sucederse haya muerto primero, el que sostenga la anterioridad de la muerte de una o de otra, deberá probarla. A falta de pruebas, se presumen todas muertas al mismo tiempo y no hay transmisión de derechos de una a otra» (C.C. art. 994).

Parte de la doctrina considera que la norma transcrita establece una presunción de conmoriencia, mientras que otro sector sostiene que se trata de la simple aplicación de las reglas normales sobre pruebas, según las cuales el que alega un derecho debe probar el hecho o acto del cual deriva ese derecho. Por lo demás, la doctrina dominante considera que la regla de referencias, aunque está dictada expresamente para el caso de personas llamadas a sucederse recíprocamente, es aplicable, por analogía, a todo caso en que se dude acerca del orden de dos o más muertes.

EFECTOS JURÍDICOS DE LA MUERTE

Los principales efectos jurídicos de la muerte son los siguientes:

I. *Se extingue la personalidad del sujeto*, quien, por lo tanto, en lo sucesivo, no podrá ser titular de derechos o deberes. Pero:

1° No obstante, se mantienen para el futuro algunos efectos de la personalidad anterior, así:

A) Los derechos y deberes patrimoniales (o sea, susceptibles de valoración económica) que tenía el sujeto, salvo las excepciones que se indicarán "infra", no se extinguen sino que se transmiten conforme a las normas del Derecho Sucesoral; y

B) Entran en vigor las disposiciones *mortis causa*, o sean, las disposiciones dictadas por el individuo para el caso de su muerte. Es el caso en que el Derecho permite a los hombres regular en una amplia medida la situación jurídica posterior a su muerte, no sólo en la esfera patrimonial sino también en la esfera personal.

2° La extinción de la personalidad tampoco impide que en interés de los descendientes, de otros parientes o de los terceros en general, se realicen ciertos actos que aparentemente presuponen la continuación de la personalidad del difunto. En efecto:

A) Puede reconocerse a un hijo muerto (C.C., art. 219).

B) Puede declararse la quiebra de un comerciante dentro del año que sigue a su muerte (C. Com., art. 930).

C) El comerciante fallido puede ser rehabilitado después de su muerte (C. Com., art. 1.068); y,

D) Puede pedirse la nulidad de las condenas penales aun después de la muerte del reo en los casos que establece la ley (C.O.P.P., art. 463).

II. *Se abre la sucesión del difunto*. Al morir el individuo su patrimonio queda sin titular y se hace necesario atribuir a otras personas los derechos y deberes que tenía el difunto. Esta situación es lo que se llama apertura de la sucesión.

III. *Se extinguen, en principio, los derechos, deberes y relaciones extrapatrimoniales* (o sea, no susceptibles de valoración económica) y, *en todo caso, los derechos, deberes y relaciones patrimoniales*

estrictamente personales del difunto (a diferencia de los demás que se transmiten por sucesión).

IV. *Comienza la tutela jurídica específica del cadáver y de la memoria del difunto*. En efecto, en el Código Penal existen normas para la protección de los cadáveres y sepulturas, así como de la memoria del difunto.

Capítulo VII
ESTADO CIVIL

Concepto y elementos. Caracteres. Efectos o consecuencias. Estado y capacidad

CONCEPTOS Y ELEMENTOS DEL ESTADO CIVIL

I. Antecedentes romanos

[illegible]

[illegible]

II. Concepciones modernas

1° Concepto amplísimo del estado civil

[illegible]

2° Concepto amplio de estado civil

[illegible]

A) [illegible]

B) [illegible]

C) [illegible]

3° Conceptos restringidos de estado civil

[illegible]

fundamental frente a conglomerados [illegible], especialmente frente al Estado y a la familia. Dentro de esta orientación a veces se afirma que el estado es por lo tanto una cualidad por la cual el individuo resulta miembro de un todo orgánico (el Estado, la familia), lo que implica su dependencia respecto de un fin superior y su interdependencia respecto de los demás individuos sujetos al mismo fin.

Como variante de esa posición existe la corriente de quienes, al constatar que actualmente la posición del individuo frente al Estado es casi irrelevante en el Derecho Privado, dado el principio de la igualdad entre nacionales y extranjeros, consideran que el estado civil se refiere exclusivamente a la posición del individuo frente a la familia. Es este último, por cierto, el sentido que nuestro Código Civil suele darle a la expresión.

Por lo demás, en el lenguaje corriente se usa la expresión en un sentido más restringido aún, o sea, referida exclusivamente a la posición del individuo frente a una de las instituciones familiares: el matrimonio.

III. Plan

Aun cuando [illegible] la expresión [illegible] como el conjunto de cualidades [illegible] jurídicamente relevantes que se refieren a la posición del individuo frente a otra [illegible] familia [illegible] de los comentarios [illegible] aquí brevemente de los elementos del estado civil en sentido amplio (v. *supra* II, 2º).

1º El *Status Civitatis*: remisión al Derecho Público

Como ya se ha dicho, el *status civitatis* o estado público comprende el conjunto de condiciones o cualidades jurídicamente relevantes que se refieren a la posición de un individuo frente a una determinada comunidad política.

Los principales status comprendidos dentro del estado político son la nacionalidad, que es el vínculo de pertenencia de un individuo a un Estado, y la ciudadanía, que es la aptitud para ejercer derechos

políticos. Pero además pueden mencionarse la regionalidad que es muy importante en los países acentuadamente federales, la llamada [illegible] que existía en otras épocas y que [illegible] consecuencias en materia de Derecho Público y [illegible] que existe en otros Derechos como por ejemplo el Derecho Alemán.

Como en la actualidad el estado político casi no produce consecuencias jurídicas en la esfera del Derecho Privado, se comprende que su estudio se deje al Derecho Público.

2° El *Status Familiae*: remisión al Derecho de Familia

Según lo arriba expuesto, el estado familiar comprende el conjunto de cualidades o condiciones jurídicamente relevantes relativas a la posición de un individuo frente a una familia determinada.

El estado familiar comprende una serie de estados relativos al matrimonio y al parentesco.

A) Respecto del *matrimonio* pueden distinguirse varios estados: soltero, casado, separado de cuerpos, divorciado, viudo, etc.

B) Respecto del *parentesco* pueden distinguirse tres estados fundamentales: el estado de *pariente consanguíneo*, el estado de *pariente por afinidad* y el estado de extraño o no pariente.

a) El parentesco por consanguinidad es el vínculo que une a las personas que descienden de un autor común y, además, el vínculo que existe entre las personas unidas por adopción plena (que por cierto es la única forma de adopción que admite la LOPNA (art. 406)) en el Derecho venezolano. En el primer caso se dice que por su naturaleza el parentesco es natural y en el segundo que es legal. A su vez el parentesco consanguíneo natural desde el punto de vista

1 [illegible] determinadas condiciones en ciertas elecciones).

2 [illegible] consanguinidad".

indicado, puede ser por su calidad: legítimo (si la filiación proviene de personas unidas en matrimonio) y natural o ilegítimo (en caso contrario). La importancia de esta última clasificación ha quedado más disminuida en la reforma del 82, que trató incluso de eliminar el uso de las palabras legítimo y natural en relación al parentesco[3].

b) El parentesco por afinidad es el vínculo que une a uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro cónyuge.

c) El estado de extraño es el que existe entre personas que no están unidas en matrimonio ni por parentesco de ninguna clase.

III. Todos los estados familiares señalados y sus consecuencias se estudian en el Derecho de Familia.

3° El *Status Personae*: contenido

Según lo expuesto, el estado personal o individual —que muchos autores no consideran como parte del estado civil— comprende el conjunto de condiciones o cualidades jurídicamente relevantes de una persona considerada en sí misma, abstracción hecha de sus relaciones con los demás. Las principales de tales condiciones o cualidades son:

A) El hecho de ser *individuo de la especie humana*, de lo cual derivan [illegible] los atributos de la personalidad.

B) El hecho de ser la persona ella misma y no otra, o sea su *identidad*, lo que, entre otras soluciones, trae consigo las instituciones del nombre, seudónimo y sobrenombre, así como plantea los problemas de identificación.

C) La *localización de la persona, sus negocios e intereses*, lo que se traduce en el concepto de sede (nociones de domicilio, residencia, habitación).

D) Una serie de condiciones entre las cuales sobresalen la edad, la salud (especialmente mental), la emancipación, la interdicción y la inhabilitación, que se denominan *condiciones de la*

3 [illegible]

4 [illegible]

capacidad porque la ley las toma en cuenta para regular la capacidad de la persona.

Buena parte del presente curso se refiere al estudio del estado personal de los individuos de la especie humana.

CARACTERES DEL ESTADO CIVIL

I. A cada una de las cualidades o condiciones que se llaman estados civiles corresponde una o más que, en abstracto, podría tener la persona, pero que en concreto no puede tener mientras conserve la primera. Por eso se ha dicho que cada estado supone una alternativa. Lo cual es plenamente cierto, aun cuando en determinados casos no exista una palabra especial para designar uno de los términos de la alternativa.

II. El estado civil, por ser un conjunto de cualidades o condiciones de la persona, no puede ser separado de la misma en el orden real, sino por abstracción.

III. El estado civil en sí mismo no es un derecho subjetivo ya que no consiste en una *facultas agendi*. Pero la ley protege los intereses de las personas en materia de estado civil debido a las importantes consecuencias que del mismo se derivan. Por eso la ley, como veremos, da acciones para reclamar el estado propio o impugnar el estado ajeno.

IV. El estado civil, en principio, es único y absoluto. Único en el sentido de que de un mismo hecho o acto no puede derivarse sino uno de los estados de cada alternativa. Absoluto, en el sentido de que el estado civil puede hacerse valer *erga omnes*, o sea, frente a todos. Debe advertirse que al respecto existen excepciones especialmente en el campo del Derecho Internacional Privado, pues una persona puede estar divorciada de otra persona conforme a las leyes de un Estado y casada con la misma según las de otro que no reconozca el divorcio en general o ese divorcio en particular.

V. El estado civil en sí mismo interesa al orden público. En consecuencia es necesario, indisponible e imprescriptible.

1° El estado civil es necesario en el sentido de que toda persona tiene forzosamente un estado determinado.

2. El estado civil es indisponible [illegible] la voluntad de los particulares, en principio, no puede constituir, modificar, transmitir, reglamentar ni extinguir estados civiles. A diferencia de lo que sucede en materia patrimonial, donde la regla es que los particulares pueden crear, modificar, reglamentar, transmitir y extinguir sus derechos y deberes, en materia de estado civil la regla es la inversa: la voluntad de los particulares no puede producir ninguno de [illegible] sino en la medida en que la propia ley le da intervención [illegible] pues en materia de estado no impera el principio de la autonomía de la voluntad. Así por [illegible] nadie puede [illegible] por convenio con otra persona constituirse [illegible] relaciones jurídicas [illegible] por caso [illegible] hasta los [illegible] estado [illegible] modificar [illegible] testamento [illegible] título la propia condición de [illegible] determinada persona [illegible] a esta condición. Sin embargo, la ley hace intervenir la voluntad en ciertos casos.

A) Intervención de la voluntad en la constitución del estado civil.

[illegible]

En otras veces [illegible] estado depende en mayor o menor grado de la voluntad de [illegible] condición de [illegible] con la [illegible]

B) Intervención de la voluntad en la modificación del estado civil. La ley [illegible] estados civiles [illegible] de los mismos [illegible] se produce una modificación [illegible] o se extingue el anterior.

C) Intervención de la voluntad en la transmisión de los estados civiles. En principio, los estados civiles son intransmisibles por [illegible]

[illegible] usar el apellido del marido.

D) Intervención de la voluntad [illegible] de los estados civiles. [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible] condiciones se adquiere el derecho mismo.

[illegible] por la persona a quien favorecen.

[illegible] nacionalidad por más prolongada que sea su conducta.

extintiva, por eso la ley establece plazos de caducidad para el ejercicio de ciertas acciones de estado.

VI. Aunque la materia del estado civil es de orden público, no lo son necesariamente sus consecuencias. Así, por ejemplo, si bien no se puede renunciar a la calidad de hijo de una persona, en cambio se puede renunciar a la herencia a que se tiene derecho en virtud de esa filiación, una vez fallecido el causante.

Sin embargo, hay que hacer algunas distinciones:

1. Interesan al orden público casi todas las consecuencias extrapatrimoniales del estado. Así, son irrenunciables los poderes de protección sobre determinadas personas derivados del estado civil (por ej. la guarda paterna de los hijos) y los deberes de obediencia (por ej. la obediencia debida por el hijo al padre). Sólo la ley puede autorizar a los particulares para que constituyan, regulen, modifiquen, transijan o extingan consecuencias de esta índole. Así ocurre, por ejemplo, cuando la ley autoriza a los cónyuges que se separan por mutuo consentimiento para reglamentar la guarda de los hijos.

2. En cuanto a las consecuencias patrimoniales, lo regular es que, una vez producido el derecho pecuniario que deriva de estado civil, dicho derecho se separa del estado correspondiente y se hace disponible a partir de ese momento. Así, por ejemplo, una vez [illegible] del [illegible] de [illegible] el [illegible] se puede [illegible] De igual manera, [illegible] el derecho de pedir [illegible] en casos de necesidad [illegible] derivado del estado civil se separa de este [illegible] de la persona [illegible] de manera que el interesado pueda disponer de las cuotas vencidas (así, por ejemplo, puede renunciar a ellas, convenir en rebajar su monto, etc.).

[illegible] interrupciones y suspensiones.

[illegible] derecho mismo.

Inclusive mientras [illegible]

Además, [illegible] administración de los padres.

EFECTOS O CONSECUENCIAS DEL ESTADO CIVIL

[illegible]

I. [illegible] *status libertatis*.

II. [illegible] *de obrar*. Así, por ejemplo, [illegible]

8 [illegible] para ser titular de derechos o deberes jurídicos.

9 [illegible] responsabilidad.

III. *El estado civil influye decisivamente en la atribución de derechos, poderes y deberes a las personas.* Así, por ejemplo, el estado de padre es presupuesto del conjunto de poderes y deberes que implica la patria potestad respecto de los hijos, de derechos y deberes alimentarios, de derechos sucesorios, etc.

ESTADO Y CAPACIDAD

Frecuentemente se hacen comparaciones entre el estado civil y la capacidad de obrar. A este respecto debe observarse:

1.º) El estado influye en la capacidad (por ejemplo, el matrimonio de un menor de edad lo emancipa y con ello adquiere mayor capacidad que los demás menores), pero la capacidad no influye en el estado civil.

2.º) Hay personas sin capacidad de obrar, pero no hay personas sin estado civil, y

3.º) Algunos consideran que el *status personae* no pertenece al estado civil, señalando que hay numerosos hechos que influyen en la capacidad de obrar sin afectar al estado civil y citan las llamadas circunstancias de la capacidad: [illegible]

Capítulo VIII
LA POSESION DE ESTADO

Concepto de posesión de estado. Elementos de la posesión de estado. Función que desempeña la posesión de estado.

CONCEPTO DE POSESION DE ESTADO

I. Sabido lo que es el estado civil (v. Capítulo anterior), sólo nos resta averiguar lo que es posesión para conocer lo que es **posesión de estado**.

La posesión implica ante todo una situación de hecho. Empleada la palabra en su sentido más amplio, puede decirse que posee quien aparece exteriormente como titular de un derecho o de un atributo de éste, ya que de hecho goza de las ventajas y soporta los deberes que normalmente goza o soporta el titular del derecho o atributo correspondiente. Por eso se dice que la posesión es la ***imagen del derecho***.

En consecuencia, posesión de estado es *la apariencia de ser titular o de tener un estado civil determinado y consiste en gozar de hecho de las ventajas inherentes a dicho estado así como en soportar* ***los deberes que de él derivan.***

II. Frecuentemente —aunque no siempre— el Derecho atribuye importantes consecuencias jurídicas a la posesión sin exigir al poseedor la prueba de que es el verdadero titular del derecho o atributo poseído por él, entre otras, por las siguientes razones:

1º Porque *generalmente el poseedor es también el verdadero titular del derecho o atributo*, de modo que al proteger al simple

poseedor de ordinario se protege al verdadero titular con la ventaja adicional de no exigirle la prueba de la titularidad de su derecho o atributo.

2º Porque, salvo en ciertos casos excepcionales, *el principio del respeto del orden constituido y los intereses de la paz social* exigen que los individuos no modifiquen las situaciones existentes sin intervención de la autoridad competente para decidir acerca de la legitimidad o ilegitimidad de las mismas.

3º Porque es necesaria esta medida *para proteger a los terceros* que, confiados en la apariencia, han establecido relaciones con el poseedor en la creencia de que es el verdadero titular del derecho o atributo[1].

III. Ahora bien, aunque todos los estados pueden ser poseídos, [illegible] importantes es la posesión de los estados familiares. Por tal razón solo trataremos de la posesión de estado en ese sentido restringido, o sea, de la posesión de los estados familiares.

ELEMENTOS DE LA POSESIÓN DE ESTADO

I. Elementos de la posesión de estado en general

Se llaman elementos de la posesión de estado todos aquellos hechos que crean la apariencia de que una persona tiene un estado determinado.

II. Elementos de la posesión de estado de hijo

El Código Civil derogado solo señalaba los elementos de la posesión del estado de hijo legítimo, mientras que la Ley de Reforma Parcial señala los elementos de la posesión de estado de hijo en general, lo que se explica por su deseo de eliminar diferencias entre la filiación legítima y natural (a las que menos se va ya a no denominar así).

1 Sobre los fundamentos de la protección posesoria [illegible]

Consecuentemente, la reforma tuvo que modificar la enumeración de los elementos de la posesión de estado porque para crear la apariencia de ser [illegible] durante el matrimonio se necesitan hechos más categóricos que para crear la apariencia de ser hijo [illegible] de una unión extramatrimonial.

Así el Código de 1942 (art. 200) disponía en orden a la filiación legítima que:

> La posesión de estado resulta de [illegible] pertenecer.
> Los principales entre esos hechos son:
> [illegible] de la persona que él pretende tener como padre;
> [illegible]
> Que [illegible] por la familia;
> Que [illegible] sociedad.

Los hechos enumerados se resumen en [illegible] *nomen, tractatus et fama*: el *nomen* (nombre) consistente en haber usado siempre el apellido de la persona que se pretende tener como padre; el *tractatus* [illegible] y la *fama* [illegible] por la sociedad.

La Ley de Reforma Parcial (art. 214) dispone respecto de la filiación en general que:

> [illegible]
> Los principales entre estos hechos son:
> [illegible] tener por padre o madre;
> [illegible] los haya tratado como padre y madre;
> [illegible] familia o la sociedad.

A propósito de esta reforma debe [illegible]

1. [illegible] de ser [illegible] [illegible] las exigencias para [illegible] elementos haya variado

A) [illegible] haya [illegible] pretende tener como padre o madre.

B) Por lo que concierne al *tractatus* [illegible] en el texto de 1942 [illegible] ser también [illegible] necesario que el pretendido padre [illegible] con tales gastos[4]

El nuevo texto [illegible] de [illegible] existencia [illegible] reforma [illegible] pretendido progenitor [illegible] recíprocamente [illegible] Derecho derogado y,

C) Por último [illegible] considera existente [illegible] sido reconocido por la familia [illegible]

2 [illegible] 1924-50, tomo II, pág. nº 2)

3 [illegible] jurisprudencia de los Tribunales de instancia

4 [illegible] 46, pág. 68

sociedad sin exigir que este último reconocimiento haya sido constante. Desde luego, la "sociedad" de que habla el Código [illegible] la reforma del 82 es el conjunto de personas vinculadas a la vida cotidiana de los pretendidos padres e hijos (amigos, habituales, compañeros de estudio o de trabajo, etc.).

2. Después de la reforma continúa siendo cierto que la enumeración de los elementos de la posesión de estado en nuestro Derecho no es taxativa sino meramente enumerativa (a diferencia de lo que ocurre en el Código Civil italiano), como lo demuestra el texto del artículo que dice "Los principales entre esos hechos son". Precisamente por ello los jueces pueden considerar como elementos de la posesión de estado hechos que no figuran en la enumeración legal. Así mantiene la vigencia [illegible] el criterio del juez que en un caso sentenciado en 1946 apreció como uno de los elementos para establecer la posesión de estado el hecho de que una niña tuviera el mismo nombre de pila ([illegible]) que la madre del pretendido padre, por cuanto lo estimó significativo debido a que se trataba de un nombre que era raro en la región[1].

3. Asimismo sigue siendo cierto que, como ya lo sostenían los jueces bajo el imperio del Código de 1942, no se requiere que concurran todos los elementos enumerados por la ley para que exista posesión de estado[2] [illegible] sostener la doctrina. En cambio, no parece que tal posesión pueda existir si no existe ninguno de los hechos de la enumeración legal.

4. Durante la vigencia del Código de 1942 nuestra jurisprudencia de casación señalaba que no bastaba un hecho aislado para que existiera posesión de estado, puesto que la ley decía que "la posesión de estado resulta de una serie de hechos que en conjunto [illegible]" (C. C. de 1942, art. 2[illegible], ap. 1º). A la misma conclusión

[1] [illegible] 1946, págs. 69 y sigts.)

[2] [illegible] IV, tomo II, pág. 114)

[3] [illegible] II, págs. 56-7, nº 2)

debe llegarse en base al texto actual según el cual "La posesión de estado de hijo se establece por la existencia suficiente de hechos que indiquen normalmente..." (C.C., art. 214, encab.).

5º Bajo la vigencia del Código derogado se insistía en que para la existencia de la posesión de estado no bastaban hechos actuales: la propia ley se refería a la posesión continua del estado de hijo legítimo (C.C. de 1942, art. 200, encab.) y al enumerar los principales elementos de la misma reafirmaba esa idea al utilizar las expresiones "que el individuo haya usado siempre el apellido..." y "que haya sido constantemente reconocido como tal por la sociedad".

Se llegó a discutir inclusive si el requisito de la continuidad de los elementos de la posesión de estado implicaba que los mismos fueran ininterrumpidos como lo exigía la anterior jurisprudencia francesa, pero nuestra Corte Federal consideró suficiente que no hubieran existido interrupciones o que, en caso de haberlas, no se hubieran prolongado en el tiempo hasta el punto de hacer desaparecer toda relación y trato[illegible].

De acuerdo con la reforma ya no puede decirse que la continuidad sea un requisito legal de la posesión de estado ni de sus elementos, puesto que ya no se habla de posesión continua de

---

[illegible] [illegible] sent. de 29-X-1951 [illegible] Tribunales [illegible] págs. 92-93.

[illegible] También se discutió [illegible] de Savatier.

[illegible] discontinuos.

III. Elementos de la posesión del estado de cónyuge

[illegible] cónyuges por la otra.

Función que desempeña la posesión de estado

I. Generalidades

[illegible] estado correspondiente.

2. Los estados cuya posesión produce mayores efectos son los estados de cónyuge y de hijo.

II. Función que desempeña la posesión del estado de cónyuge

1. De acuerdo con el texto de la ley, la posesión de estado de cónyuge convalida las irregularidades de forma que puedan existir en la partida de matrimonio. En efecto, "No puede invocarse la nulidad del acta de celebración del matrimonio por irregularidades de forma cuando existe posesión de estado" (C.C., art. 118). La doctrina considera que de acuerdo con el espíritu de dicha disposición, la correspondiente posesión de estado convalida también las irregularidades de forma en el acto de la celebración del matrimonio.

2. Por otra parte, aunque, en principio, la única prueba válida del matrimonio es la copia certificada del acta de su celebración (C.C., art. 113), los cónyuges pueden pedir al Juez competente que declare la existencia del matrimonio cuando concurran las siguientes circunstancias:

A) Que haya prueba (no se requiere plena prueba) de que por dolo (o sea intencionalmente) o culpa (o sea por imprudencia o negligencia) del funcionario respectivo no se haya inscrito el acta del matrimonio en el registro correspondiente.

B) Que se presente prueba auténtica de la publicación del cartel de matrimonio, salvo en los casos en que la ley dispensa de ese requisito (matrimonios para regularizar relaciones concubinarias y matrimonios en artículo de muerte); y

C) Que exista prueba plena de posesión de estado conforme. Así pues, en este caso la posesión de estado de cónyuge, unida a otras condiciones, sirve para probar el matrimonio a falta del acta respectiva (C.C., art. 115).

3. Por último, la posesión del estado de cónyuge es una de las pruebas que pueden hacerse valer en juicio para obtener prueba supletoria de la partida de matrimonio en los casos previstos en el artículo 458 C.C.

III. FUNCIÓN QUE DESEMPEÑA LA POSESIÓN DEL ESTADO DE HIJO

Conforme al Código de 1942 la posesión de [illegible] estados de hijo legítimo y de [illegible] efectos [illegible] Ley de Reforma Patrimonial se propuso [illegible] equiparar [illegible] de [illegible] legítimos y naturales.

En [illegible] la función de la posesión de estado [illegible] consiste [illegible] en lo siguiente:

1. La posesión de estado constituye [illegible] prueba tanto de la maternidad como de la paternidad.

Por una parte, el nuevo Código, después de [illegible] que la filiación [illegible] se prueba con [illegible] del nacimiento [illegible] Registro Civil [illegible] identificación de la madre (C.C. art. [illegible]) agrega [illegible] defecto de partida de nacimiento [illegible] también será prueba [illegible] reconocimiento voluntario como la posesión de estado (C.C. art. 198).

Por otra parte, dispone el nuevo Código que [illegible] la que [illegible] del matrimonio [illegible] [illegible] la [illegible] del padre [illegible] de la concepción [illegible] que se expresa en el texto [illegible] (C.C. art. 210).

No existe en cambio un texto expreso que reconozca la posesión de [illegible] prueba de la paternidad en el caso de [illegible] Código de 1982 [illegible] registros de estado civil [illegible] por la posesión [illegible] del estado de [illegible] legítimo [illegible] se trataba de [illegible] maternidad como a paternidad legítima (C.C. de 1942 art. 2[illegible]) [illegible] *Curso de Derecho de Familia* [illegible] omisión no significa que en el Derecho vigente el [illegible]

concebido durante el matrimonio no precisa probar la paternidad correspondiente mediante la posesión de estado [illegible] en que podía [illegible] imperio del Código de 1942.

Debe destacarse que la Ley de Reforma Parcial [illegible] de 1982 [illegible] el reconocimiento voluntario como prueba de la maternidad y paternidad naturales y, en cambio, no admitía como tal la posesión de estado, siendo así que [illegible] entre todos los [illegible] la posesión de estado es [illegible] un reconocimiento de todos los días y de todos los instantes, que ofrece todas las garantías posibles de libertad y sinceridad (Demolombe). En este aspecto debe señalarse que el Código Civil de 1916, debido a la iniciativa del Dr. Pedro Manuel Arcaya, [illegible] establecía que la posesión de estado de hijo natural constituía [illegible] pero que el Código de 1922 [illegible] como prueba de la maternidad natural y que el Código de 1942 [illegible] dicho no admitía como prueba [illegible] de la maternidad ni de la paternidad naturales.

2º La posesión de estado tiene relevancia especial para establecer judicialmente la filiación en los casos de conflictos de [illegible] Derecho de Familia [illegible] por [illegible] hipótesis la ley establece que "Los tribunales decidirán [illegible] por todos los medios de prueba establecidos [illegible] a la posesión de estado" (C.C., art. 2º).

3º En el reconocimiento que se haga de un hijo muerto, la posesión de estado es condición [illegible] para que dicho reconocimiento produzca [illegible] en el deseo de evitar que [illegible] reconozca falsamente como hijo a una persona fallecida [illegible] "El reconocimiento que se haga de un hijo muerto [illegible] no favorece como heredero a quien le reconoce, sino en el caso de que se pruebe que aquél gozaba en vida de la posesión de estado" (C.C., art. 219).

4º La posesión de estado suple la necesidad del consentimiento del cónyuge y de sus descendientes [illegible] cuando se

reconociera a un hijo mayor de edad que hubiere muerto (C.C., art. 220).

5. Cuando no exista conformidad entre la partida de nacimiento y la posesión de estado, se puede reclamar una filiación distinta de la que atribuye la partida de nacimiento (C.C., art. 230, encabezado), lo que en cambio no es posible cuando exista esa conformidad, salvo en dos casos de excepción: la suposición o supresión de parto o la usurpación del hijo bajo falsos apellidos o como nacido de padres inciertos (C.C., art. 230, ap. único).

6. La posesión de estado previa confería al progenitor que reconociera al hijo concebido y nacido fuera del matrimonio con posterioridad al otro progenitor, el ejercicio compartido de la patria potestad sobre el hijo menor no emancipado sin necesidad de probar que tal ejercicio conjunto se revele más justo y en beneficio de los intereses del menor y de la familia según las circunstancias (C.C., art. 261, apartes 3 y 4; precepto este tácitamente derogado por la LOPNA como se indicará al tratar de la patria potestad).

Capítulo IX
ACCIONES DE ESTADO

Concepto y clasificación. Caracteres. Efectos de la cosa juzgada en los juicios del estado

I. CONCEPTO DE ACCIONES DE ESTADO

Se llaman acciones de estado a las acciones[1] que tienen por objeto obtener un pronunciamiento sobre el estado civil de una persona, que puede ser el propio actor o un tercero. La amplitud de

1 [illegible]

este concepto depende pues de la amplitud con que se entienda el concepto de estado civil; pero normalmente cuando se habla de acciones de estado se toma la expresión "estado civil" en su sentido restringido, o sea, como el conjunto de condiciones o cualidades jurídicamente relevantes de una persona en razón de su posición frente a una familia determinada. En consecuencia, normalmente, cuando se habla de acciones de estado sólo se tienen presentes los estados *familiares*.

II. CLASIFICACIÓN DE LAS ACCIONES DE ESTADO

De las diversas clasificaciones que se han hecho de las acciones de estado sólo nos ocuparemos de la que presenta más interés en el estado de nuestro Derecho Positivo, o sea, la que distingue entre acciones *de constitución de estado* o *constitutivas de estado* (en sentido amplio) y acciones *de declaración de estado* o *declarativas de estado*. Las primeras tienden a obtener un pronunciamiento que *haga nacer o desaparecer un estado* desde la fecha de la sentencia (aunque a veces, una vez dictada la sentencia, se le dan efectos retroactivos). Las acciones declarativas de estado, en cambio, tienden a obtener un pronunciamiento judicial que *reconozca un estado preexistente* o que *niegue la existencia de un estado*.

Las acciones constitutivas de estado (en sentido amplio) se dividen en *constitutivas propiamente dichas* y *supresivas* o *destructivas* de estado. Las primeras son las que tienden a crear un nuevo estado (lo que implica también la extinción de otro estado anterior), como por ejemplo, el divorcio, que crea el estado de divorciado (que no es igual al de soltero) e implica la extinción del estado anterior de casado. Las acciones supresivas de estado son las que tienden a extinguir un estado sin crear otro nuevo, como por ejemplo, la acción de nulidad de matrimonio, que sólo pretende extinguir el estado de casado.

Las acciones declarativas de estado pueden subdividirse en acciones de *reclamación de estado* y de *impugnación, denegación o contestación de estado*. En las primeras el actor pretende que se reconozca un estado preexistente; p. ej., la acción de reconocimiento, por la cual el demandante pretende que se declare que es hijo de

una persona determinada naturalmente, no a partir de la fecha de la sentencia, sino desde el momento de su concepción. En las acciones de impugnación el demandante pretende que se niegue la existencia de un estado [illegible] desconocimiento de la paternidad, donde el actor pretende que el juez determine que él no es el padre de una persona determinada.

CARACTERES DE LAS ACCIONES DE ESTADO

Las acciones de estado interesan al orden público. [illegible] se considera que las personas [illegible] sobre el estado civil de las personas y que éste a su vez interesa al orden público. En consecuencia:

1. Las acciones de estado son indisponibles en el sentido de que la voluntad privada [illegible] la ley [illegible] no puede crear, modificar, reglamentar, transmitir ni extinguir las acciones de estado. De este principio se derivan varias consecuencias.

[illegible]

2. [illegible]

2 [illegible] o al tiempo de éste convinieran en ello.

3 [illegible] denominadas arbitrarias [illegible] público y no sólo a las partes.

3. Como la voluntad [illegible] para reg[illegible] las acciones de estado [illegible]

4. Como la voluntad privada [illegible] para transmitir las acciones de estado [illegible] las personalidades [illegible] en forma alguna [illegible]

5. Como la voluntad privada [illegible] acciones de estado [illegible] dichas acciones antes de [illegible] no pueden desistir de la acción intentada [illegible] del procedimiento reservándose la acción [illegible] desistir [illegible] ni convenir en la demanda [illegible][8]

[illegible] la voluntad [illegible] interesados puede tener alguna [illegible] de caso. [illegible] de estado con [illegible] interesados puede determinar indirectamente la extinción de la acción [illegible] sometida a un plazo de caducidad [illegible] de

6 [illegible] consentimiento del demandado

5 [illegible]

6 [illegible] a las pretensiones del demandante

7 [illegible]

8 [illegible] de materia de orden público)

acciones de constitución de estado se suele admitir que el interesado desista de su acción (por ejemplo, en materia de divorcio). En otros casos se admite que el interesado convenga en la demanda (por ejemplo, si se demanda el reconocimiento de filiación natural [illegible] reconocimiento [illegible] el juicio correspondiente, de acuerdo con el C.C., art. 232).

II. Para mejor garantía de los intereses colectivos en juego y para evitar colusiones fraudulentas, la ley *da a veces intervención al Ministerio Público* en los juicios de estado.

III. Por la misma razón de que la materia interesa al orden público, las acciones de estado son *imprescriptibles*. Sin embargo, muchas veces están sometidas a un plazo de caducidad, porque frecuentemente el interés público exige que transcurrido cierto tiempo ya no se pueda discutir un determinado estado civil.

IV. Precisamente por interesar el orden público, parecería que debiera permitirse que las acciones de estado fueran intentadas por cualquier interesado. *Pero no es así*. Por lo contrario, frecuentemente el mismo interés colectivo exige que sólo se faculte a ciertas personas para intentar determinadas acciones de estado.

EFECTOS DE LA COSA JUZGADA EN LOS JUICIOS DE ESTADO

I. NOCIONES INTRODUCTORIAS

1° Concepto de cosa juzgada

El proceso tiene como finalidad propia componer las litis, o sea, extinguir el litigio [illegible] el [illegible] mismo. Para ello es necesario que el [illegible] que reúna dos condiciones: A) que no sea impugnable por vía de oposición o recurso ante un Tribunal Superior, y B) que impida todo proceso posterior sobre la [illegible] [illegible] la [illegible] que se [illegible].

Cuando una sentencia no es impugnable por vía de oposición o recurso ante otro Tribunal Superior, se dice que tiene autoridad de

cosa juzgada *formal o externa* (tal es el caso de las sentencias dictadas por los Tribunales de máxima jerarquía (p. ej.: el Tribunal Supremo de Justicia), pero puede serlo también de las dictadas por los tribunales inferiores (p. ej.: cuando la ley niega recurso contra ellas o cuando ha transcurrido el plazo para interponerlos sin que nadie haya hecho uso de los mismos).

Cuando una sentencia impide todo proceso ulterior o sentencia ulterior sobre la materia decidida por ella se dice que tiene autoridad de cosa juzgada *material o interna*.

Normalmente, la sentencia que reviste autoridad de cosa juzgada formal o externa tiene también autoridad de cosa juzgada material o interna, pero no siempre es así. En todo caso, nosotros sólo trataremos de la cosa juzgada material o interna.

2. Principio general civil en materia de autoridad de cosa juzgada material

En principio, las sentencias civiles no tienen autoridad o fuerza de cosa juzgada sino respecto de las partes que intervinieron en el juicio, de modo que los terceros pueden discutir libremente el mismo asunto frente a los tribunales. Esto se expresa brevemente diciendo que la autoridad de cosa juzgada en materia civil es relativa, no absoluta, o que *en materia civil rige el principio de la relatividad de la cosa juzgada*.

Esa relatividad se justifica porque el Juez no puede decidir sino conforme a lo alegado y probado en autos, siendo así que en materia civil, en principio, el Juez no puede actuar de oficio sino a instancia o solicitud de parte interesada. En tales condiciones resultaría injusto imponer la autoridad de cosa juzgada de la sentencia a quien no ha sido parte en el juicio, porque bien podría suceder que éste tuviera excepciones, defensas o medios probatorios de que carecía la parte o que ésta no alegó por cualquier causa. Aún más, si se diera carácter absoluto a la autoridad de la cosa juzgada en materia civil se abriría la puerta a graves posibilidades de fraudes, pues el Juez, en virtud del principio dispositivo del proceso, no podría impedir

II. Efectos de la cosa juzgada material en los juicios de estado

1° Planteamiento del problema

En materia de estado civil es difícil reglamentar los efectos de la cosa juzgada material, ya que por las razones expuestas si se acoge el principio de la relatividad se atenta contra la unidad del estado, y si para mantener esta se establece como principio el carácter absoluto de la cosa juzgada, se sacrifican los intereses de los terceros sin darles oportunidad para defenderlos.

2° Límites del problema

Unánimemente se reconoce que tienen efectos absolutos de cosa juzgada en materia de sentencias constitutivas de estado (por ej. de divorcio, separación, etc.) y en materia de sentencias privativas de estado (por ej. nulidad de matrimonio). Igualmente se reconoce que tienen efectos *erga omnes* las decisiones judiciales obtenidas fuera de proceso que constituyen estados, como los decretos de adopción [illegible] razón por la cual no procede [illegible] relatividad de la cosa juzgada [illegible] aun cuando los interesados puedan impugnar dichas decisiones mediante recursos de nulidad.

El problema se circunscribe, pues, a la extensión de la cosa juzgada material de las sentencias declarativas de estado.

3° Sistemas doctrinales sobre la materia

Antes de estudiar la solución que nuestro Derecho da al problema conviene señalar los principales sistemas defendidos por la doctrina.

A. *Teoría del legítimo contradictor [illegible]*

[illegible]

de que en todos los [illegible] interesados

b) Crítica. A la teoría dicha se objeta

[illegible] D'Argentré [illegible]

[illegible] tal representación

[illegible]

B. *Sistema de la relatividad*

[illegible]

[illegible] fundamento legal

[illegible]

[illegible] la ley

c) La inmutabilidad de cosa juzgada de las sentencias dictadas en materia de nombre de las personas es absurda, ya que en caso contrario el nombre no podría cumplir con su finalidad.

Segundo. Además de las críticas ya mencionadas a propósito de algunas de las excepciones señaladas por la teoría, se le objeta que es completamente asistemática, como lo demuestra la gran cantidad de excepciones que hace a la regla.

C) *Sistema basado en la ausencia de contrato o cuasi contrato judicial*

a) Tesis. Este sistema parte de la idea de que si la autoridad de la cosa juzgada en materia civil tiene un carácter relativo, es porque deriva de un contrato o cuasi contrato celebrado por las partes para someter la decisión, que emite el juez, [illegible] que por lo tanto sólo puede obligar a dichas partes. Ahora bien, según los partidarios de este sistema, la autoridad de la cosa juzgada de las acciones declarativas de estado no puede tener como fundamento un contrato o cuasi contrato de las partes, sino las exigencias del orden público y que el estado civil es indisponible. Por lo tanto, lo mismo que las sentencias referentes al [illegible], las sentencias declarativas del estado son oponibles a todos, pero cualquier interesado puede [illegible].

[illegible] que [illegible] este sistema [illegible] sostiene que la autoridad de cosa juzgada de las sentencias de estado es absoluta, [illegible] son oponibles a todos [illegible]. Si la teoría sostiene el efecto absoluto de la cosa juzgada en materia de declaraciones de las sentencias [illegible] terceros [illegible] no podrían intentar [illegible] las declaraciones dichas.

Segundo. [illegible] parte de la falsa premisa de que la autoridad de la cosa juzgada en materia civil deriva de un contrato o cuasi contrato judicial [illegible] absolutamente insostenible en la actualidad. Por otra parte, la teoría [illegible] siempre permite que una declaración sobre un estado hecha en una sentencia sea contradicha por sentencia posterior.

D) *Sistema basado en la indivisibilidad del estado [illegible]*

a) Tesis. Los partidarios de este sistema sostienen que como el estado es absoluto e indivisible, las sentencias declarativas de estado deben ser

oponibles a todos, salvo el derecho de los terceros de intentar acciones para destruir el fallo anterior.

[illegible]

[illegible] por las mismas razones que la precedente.

4° Solución legal venezolana

Nuestro legislador ha solucionado en forma expresa el problema de los efectos de la cosa juzgada [illegible] sentencias [illegible] estado civil y capacidad de las personas y los efectos de los decretos de adopción, una vez insertados en los registros correspondientes (C.C., art. 507).

A) Las sentencias constitutivas de un nuevo estado y de las [illegible] de capacidad [illegible] sentencias de divorcio, [illegible] de matrimonio, separación de cuerpos, interdicción [illegible] de la patria potestad, así como los decretos de adopción producen inmediatamente efectos absolutos, o sea para las partes y para los terceros [illegible] (C.C., art. 507 [illegible]) [illegible][illegible]

B) [illegible] cuando se trata de sentencias declarativas en que se reconozca o se niegue [illegible] negación de estado [illegible] el legislador distingue varias situaciones:

[illegible] la sentencia [illegible] registro respectivo [illegible] la sentencia produce efectos [illegible] que es oponible a todos, pero [illegible] cosa juzgada material.

[illegible] [illegible] 1964 (Gac. For., 2a etapa, nº 46, págs. 529-532).

no es el sentido ya que durante el lapso señalado cualquiera que tenga interés puede impugnar el fallo, excepto: 1) quienes hayan intervenido en el juicio (las partes); 2) los herederos o causahabientes de las partes, y 3) quienes no intervinieron en el primer juicio a pesar de haber tenido conocimiento oportuno de la instauración del procedimiento. Esta última excepción fue establecida para lograr que todos los interesados, en el mayor número posible, intervengan en el primer juicio, de modo que no fuera necesario un segundo juicio. La forma de impugnar el fallo consiste en demandar a todos los que intervinieron en el juicio, sin excepción alguna, para que se declare la falsedad del estado establecido en la sentencia impugnada.

La sentencia que se dicte en el segundo juicio será obligatoria para todos, así para las partes como para los terceros, y contra ella no se admitirá recurso alguno.[10]

c) Transcurrido un año de la publicación de la sentencia definitivamente firme dictada en el primer juicio y una vez inscrita ésta en el registro correspondiente sin que ningún interesado haya intentado la acción para impugnar el estado declarado en la sentencia, la autoridad de cosa juzgada material de ésta adquiere efectos absolutos, por cuanto surte efectos frente a todos, sea que hayan sido partes o terceros en el juicio, precluyendo definitivamente la posibilidad de invocar la falsedad del estado declarado.

d) Para complementar el sistema, el legislador ha establecido normas de publicidad.

a) La demanda mediante la cual se ejercita la acción de estado civil, el tribunal hará publicar un edicto en el cual, en forma resumida, se haga saber que determinada persona ha propuesto una acción relativa a la filiación o al estado civil y se anuncia al poder ser parte en el proceso a todo el que tenga interés directo y manifiesto en el asunto. Con ello se persigue que el mayor número posible de interesados tenga conocimiento de la instauración del procedimiento, de modo que se vean constreñidos a participar en él, so pena de tener que aceptar lo que disponga el fallo, por carecer del derecho de impugnarlo.

10 A pesar de [illegible] se dicte en el segundo juicio es apelable.

b) Dictada la sentencia, un extracto de la misma se publicará en un periódico de la localidad sede del Tribunal que la dictó, y si no hubiere periódico en esa localidad, la publicación se hará por un medio idóneo. Con ello se persigue informar a los terceros interesados en el asunto. En particular, cuando se trate de la sentencia definitivamente firme recaída en [illegible], se persigue la finalidad de advertir a los interesados para que puedan ejercer su acción de impugnación.

En la forma expuesta, nuestro legislador concilia todos los intereses en juego. En efecto, las sentencias declarativas de estado llegan a producir efectos absolutos, lo cual [illegible] requiere el carácter único y absoluto del estado de las personas [illegible] y se salvaguardan los intereses de terceros, puesto que a ellos se da oportunidad suficiente para defenderlos, sea por el procedimiento de hacerse parte [illegible] a través de la publicación de la ley del respectivo cartel, sea mediante la impugnación [illegible] también debe publicarse.

Capítulo X
REGISTRO CIVIL: INICIO

Generalidades. Personas que intervienen en la formación de las partidas del estado civil. Organización del registro civil.

GENERALIDADES ACERCA DEL REGISTRO CIVIL

1. Nociones, fines e importancia del Registro Civil

El Registro Civil o Registro del Estado Civil tiene por finalidad servir de fuente de información sobre el estado de las personas y suministrar medios probatorios de fácil obtención y seguridad [illegible] [illegible] importantes efectos del estado civil, se comprende la enorme importancia de contar con una fuente de información y con otros medios probatorios que permitan al Estado, a los terceros y al propio sujeto conocer el estado civil de las personas y probarlo sin tener que recurrir a pesquisas y pruebas de dudoso valor. Por lo demás, debe destacarse que el Registro Civil, bien organizado, puede y debe prestar grandes servicios, tanto en la esfera del Derecho Público (por ej. en relación con [illegible] la elaboración de listas electorales, etc.) como del Derecho Privado (por ej. en Derecho de Familia con relación a los impedimentos matrimoniales, los derechos y deberes derivados del parentesco, etc.; en el Derecho Patrimonial, en relación con la capacidad negocial, etc.).

II. Noticia histórica

1. Los registros organizados por Servio Tulio, así como los registros de nacimientos y censos romanos, han sido señalados como antecedentes del Registro Civil, pero esas instituciones perseguían fines mucho más restringidos que el Registro Civil.

2. En la Edad Media, hasta mediados del siglo XIV no aparece ninguna institución semejante al Registro Civil y, por ello, el estado civil tenía que apelar a los medios probatorios ordinarios y especialmente a las pruebas testimoniales. Así, para probar la edad se solía recurrir al testimonio o juramento sobre los Evangelios del padrino y de la madrina, tanto como al testimonio del sacerdote que había bautizado al sujeto. Fácilmente se comprende que esta situación no era satisfactoria, pues dependía de la memoria y veracidad de terceros [illegible] recordando, que podían haber a veces muerto [illegible] y que en muchos casos no podían ser hallados.

3. A partir del siglo XIV y sobre todo del siglo XV aparecen y se generalizan los registros de los párrocos relativos a tres acontecimientos (nacimiento, matrimonio y defunción) que corresponden a tres ceremonias religiosas (bautismo, matrimonio y exequias). Dichos registros pretendían asegurar el respeto efectivo de las prescripciones canónicas sobre impedimentos matrimoniales o constituir un control de ingresos derivados de las ceremonias arriba indicadas, lo que explica que con frecuencia los primeros registros se limitaran a los casos en que los estipendios no eran pagados de inmediato.

Pronto la Iglesia y los reyes vieron la posibilidad de utilizar esos registros para fines cada vez más amplios. Así, los reyes intervinieron en la vida eclesiástica, reglamentaron los registros exigiendo imperativamente a los párrocos que los llevaran, regulando sus formalidades y dándoles valor probatorio ante los Tribunales. También desde época temprana se inició en la tarea de reglamentación por las autoridades eclesiásticas, primero locales como Henrique el Barbado, Obispo de Nantes, luego universales como el Concilio de Trento, que impuso a los párrocos la obligación de llevar el Registro de Bautismo y el Registro de Matrimonios.

4. En Francia, país que nos interesa especialmente por cuanto nuestro Registro Civil es de modelo francés, la autoridad que para el Estado tenían los registros parroquiales estaba limitada por el hecho de que sólo se referían a los católicos. Los pastores protestantes acostumbraban llevar registros análogos para sus fieles, pero los mismos nunca tuvieron oficialmente la eficacia probatoria que la ley reconocía a los registros católicos. Sólo la complacencia de los [illegible] y las actitudes a las que por necesidad apelaban los protestantes les permitía probar sus nacimientos, matrimonios o defunciones mediante actas que los pastores protestantes redactaban a semejanza de las católicas y que eran aceptadas como tales en [illegible] por los [illegible].

Luis XVI, en 178[illegible], [illegible] a los protestantes [illegible] de su culto, ordenó que funcionarios reales llevaran los registros de sus nacimientos, matrimonios y defunciones, con lo que aparecieron los primeros registros civiles laicos.

Una disposición programática de la Constitución de [illegible] estableció que los registros de nacimientos, matrimonios y defunciones de todos los habitantes serían llevados por funcionarios públicos. La ley de 20 y 25 de septiembre de 1792 confió tales registros a las municipalidades y el Código Napoleón recogió este Registro Civil secularizado. Pero, en la práctica, [illegible] registro estatal.

5. En Venezuela, el [illegible] registro secularizado de modelo francés en 1873 por Decreto de Guzmán Blanco.

Por lo demás, los Registros Parroquiales católicos se siguen llevando y las partidas eclesiásticas conservan valor legal porque así sirven para probar los actos y hechos correspondientes ocurridos antes de 1873, con la advertencia de que sus certificaciones requieren ser expedidas por el Juez de Parroquia o Municipio para que produzcan efectos civiles [illegible] valor de

[illegible] XXXV, pág. [illegible]

[illegible] la partida (estatal) de estado civil[2,3].

III. Condiciones de un buen sistema de Registro Civil

Un buen sistema de Registro [illegible] completo, centralizado y público.

1. Debe ser *completo* en el sentido de comprender todos los actos y hechos que [illegible] estado civil. [illegible] y [illegible] modificativos del estado civil de las personas.

2. Debe ser *centralizado* [illegible]

2 [illegible]

3 [illegible] copia certificada de la partida

mediante el sistema de fichas o tarjetas movibles y la formación de las llamadas cartillas familiares que se otorgan a cada matrimonio, y donde se anotarían las informaciones que ulteriormente se registraran respecto de los cónyuges y de sus hijos. Los dos primeros procedimientos tropiezan con algunas dificultades superables: por una parte, complican la organización del sistema, toda vez que obligan a los distintos funcionarios del estado civil a notificar el registro de actos y hechos relativos al estado civil ocurridos en circunscripciones diferentes con el consiguiente peligro de que se incurra en errores de transmisión; y por otra parte, resultan muy difíciles cuando la persona carece de su partida de nacimiento, lo que muchas veces ocurre entre nosotros. El sistema de la cartilla familiar, en cambio, tiene el inconveniente de limitarse a los matrimonios y a sus descendientes.

3. Debe ser *público*, en el sentido de que todas las personas tengan acceso al Registro Civil y puedan obtener las copias de las actas que estimen convenientes.

IV. Crítica de nuestro sistema de Registro Civil

Nuestro Registro Civil presenta una serie de deficiencias que por cierto no son extrañas a otros sistemas jurídicos, y que históricamente se deben a que en un primer momento se consideró que la reforma sustancial consistía en secularizar los registros eclesiásticos sin caer en la cuenta de que para que éstos cumplieran las funciones propias de una organización estatal era necesario adoptar un sistema diferente de los Registros Parroquiales que habían sido organizados para alcanzar otras finalidades.

1. Nuestro Registro Civil registra únicamente tres hechos o actos: el nacimiento, matrimonio y defunción de las personas, limitación que se justifica en los Registros Parroquiales, dados los fines de éstos, pero no en el Registro Civil.

Sin embargo, nuestro legislador ha ordenado inscribir en el Registro Civil otros actos y hechos, pero existen infinidad de hechos y actos relativos al estado civil, tomado en su sentido amplio, que no se inscriben en el Registro Civil. El vacío es particularmente agudo en lo que concierne al *status civitatis*, lo que se explica históricamente

porque cuando se redactó el Código Napoleónico, la Constitución del año VIII ordenaba llevar separadamente del Registro Civil unos registros cívicos que nunca llegaron a establecerse.

2° Nuestro Registro Civil resulta hasta cierto punto disperso. Las partidas u otras piezas relativas al estado civil de una persona no se registran en un mismo folio o expediente ni aparecen en una misma oficina, aunque el sistema de notas marginales aminora algunos de los inconvenientes propios de la descentralización. En efecto, varios de los hechos relativos al estado civil que se registran son luego anotados en la partida de nacimiento o de matrimonio y como la existencia de esta se anota en aquella, por lo menos en teoría es posible encontrar con relativa facilidad toda la información registrada de la persona. Sin embargo, como entre nosotros es relativamente frecuente el caso de personas carentes de partidas de nacimiento (por no haber sido levantadas oportunamente o por haberse perdido) y como no hay constancia centralizada, en muchos casos faltan precisamente los centros de recolección de la información sobre el estado civil de la persona. [illegible] con la partida de defunción.

3° En cambio, nuestro Registro Civil no adolece, a diferencia de lo que ocurre en otros Derechos, de graves inconvenientes por falta de publicidad, ya que la ley establece la obligación para los funcionarios correspondientes de mostrar los libros y comprobantes respectivos a quienes lo pidan y de expedir las certificaciones y copias que se soliciten, insertando en estas necesariamente todo cuanto aparezca al margen de la partida original (C.C. art. [illegible]).

PERSONAS QUE INTERVIENEN EN LA FORMACIÓN DE LAS PARTIDAS DEL ESTADO CIVIL

En la formación de las partidas que constituyen la base del Registro Civil pueden intervenir las siguientes categorías de personas: funcionarios públicos (o quienes hacen sus veces), partes, declarantes y testigos.

1. Los funcionarios públicos (o quienes hicieren sus veces)

En principio, la redacción de las partidas de estado civil está encomendada a funcionarios públicos. Algunos funcionarios tienen competencia para redactar toda clase de partidas o actas y otros sólo determinada clase.

1º Para redactar toda clase de actas o partidas sólo está autorizada la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio. Cuando se trate de hechos o actos ocurridos en las Dependencias Federales, se aplicarán las normas de su Ley especial.

2º Para la redacción de las partidas de nacimiento son competentes además:

A) Los comisarios o el funcionario público más próximo cuando el lugar donde ocurra el nacimiento diste más de tres kilómetros del lugar de Despacho de la primera autoridad civil (L.O.P.N.A., art. 20, ap. único).

B) Cuando el nacimiento ocurra en hospital, clínica, maternidad u otra institución de salud pública, la máxima autoridad pública de dicha institución (L.O.P.N.A., art. [illegible], encabezamiento) o los funcionarios de las mismas instituciones en quienes haya delegado dicha atribución la máxima autoridad (L.O.P.N.A., art. [illegible], parágrafo segundo).

C) El respectivo funcionario diplomático o consular de la República, cuando el nacimiento ocurre en el exterior (C.C., art. 470, ap. 1º).

D) El jefe, capitán o patrón del buque, cuando el nacimiento ocurre durante el viaje de mar (C.C., art. 471).

3º Para la redacción de las partidas de matrimonios son competentes todos los funcionarios (o personas llamadas a hacer sus veces) que son competentes para presenciar el matrimonio y que son:

A) Los funcionarios y personas autorizadas que se precisan en el curso del Derecho de Familia.

B) Tres personas mayores de edad que no estén ligadas a ninguno de los contrayentes por parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, siempre que una de ellas sepa leer y escribir, cuando se trata de matrimonio en artículo de muerte y no sea fácil o inmediata la concurrencia de alguno de los

funcionarios autorizados para presenciar el matrimonio (C.C., art. 98).

C) Los Jefes de Cuerpos Militares en campaña, cuando se trate de matrimonio en artículo de muerte de individuos pertenecientes a cuerpos sometidos a su mando (C.C., art. 101, encabezado); y

D) Los comandantes de buques de guerra y los Capitanes de buques mercantes, cuando se trate de matrimonios celebrados a bordo en artículo de muerte (C.C., art. 101, ap. 1°).

4°) Para la redacción de las partidas de defunción son competentes, además de la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio, el Comisario de caserío cuando la muerte ocurra en un lugar que diste más de tres kilómetros de la cabecera de la Parroquia o Municipio, si en su residencia de la Comisaría hubiera [illegible] (C.C., art. 475); el jefe, capitán o patrón del buque, cuando la muerte ocurra en viaje de mar (C.C., art. 485); y los oficiales que designen los reglamentos especiales cuando se trate de defunciones de militares en campaña o de personas empleadas en el Ejército de la República (C.C., art. 488).

5°) Además debe tenerse en cuenta que si por inundación, epidemia u otro motivo semejante, fuere imposible o difícil de llegar al despacho de la autoridad competente, se podrá efectuar el acto ante otra autoridad competente de la misma Parroquia o Municipio, y aun de otra jurisdicción, haciéndose constar en el acta la causa por la cual no se ocurrió ante el funcionario a quien correspondía autorizar el acto (C.C., art. [illegible], encab.).

II. Las partes

Partes son aquellas personas a quienes se refiere el hecho o acto que la partida hace constar. Así, en el caso de partida de nacimiento, parte es el recién nacido; en el caso de partida de matrimonio, partes son los contrayentes; y en el caso de partida de defunción, parte es el difunto.

1°) En la partida de nacimiento no interviene propiamente la parte, aunque en principio debe de estar presente ya que la Ley obliga a la presentación del niño ante la Autoridad, a menos que el fun-

[illegible] dispénsese de ello conforme a lo previsto en el aparte 2º del artículo 101 del Código Civil (que es lo que ocurre de ordinario).

2º En la partida de matrimonio es esencial la intervención de las partes quienes deben declarar tomarse por marido y mujer (C.C. art. 89, ord. 3º), sea personalmente, sea por medio de apoderados especiales debidamente constituidos.

3º En la partida de defunción la parte no tiene intervención por razones de obvias.

III. Los declarantes

Declarantes son aquellas personas que comunican al funcionario respectivo el acontecimiento del cual se deja constancia en la partida.

1. En el caso de las partidas de nacimiento, la L.O.P.N.A. dispone que "Los padres, representantes o responsables deben inscribir a quienes se encuentran bajo su patria potestad, representación o responsabilidad", norma que lejos de derogar al Código Civil en dicha materia más bien desarrolla el precepto de la Ley Orgánica al precisar que la declaración del nacimiento debe hacerse por el padre o por la madre, por sí personalmente o por mandatario especial; de [illegible], por el médico, cirujano o por la partera, o por cualquier otra persona que haya asistido al parto, o por el jefe de la casa donde tuvo lugar el nacimiento (C.C., art. [illegible], encabezado). Cuando se trate de declarar el hallazgo de un recién nacido dejado en lugar público o privado, hará la declaración quien lo haya encontrado (C.C., art. [illegible], encabezado).

2. En el caso de la partida de matrimonio los declarantes son los propios contrayentes o sus apoderados.

3. En el caso de la partida de defunción cualquier persona puede ser declarante, pero si la muerte ocurre en colegio, hospital, cárcel u otro establecimiento público, su jefe o encargado está obligado a hacer la declaración (C.C., art. [illegible]).

IV. Los testigos

Nuestra legislación requiere, además, la presencia de testigos *de la redacción de la partida* (no necesariamente del conocimiento [illegible] se exige constancia en esta). Estos testigos instrumentales[4], en principio, deben ser dos personas mayores de edad[5] y vecinos de la Parroquia o Municipio donde se [illegible], pudiendo ser presentados por las partes [illegible] se constar en el acta (C.C. art. 448, encab. *in fine*).

En el caso de la celebración de un matrimonio fuera del Despacho del funcionario se exige, por excepción, la presencia de un mínimo de cuatro testigos mayores de edad y de los cuales por lo menos dos [illegible] contrayentes por parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (C.C. art. [illegible], ap. [illegible]).

ORGANIZACIÓN DEL REGISTRO CIVIL

I. Normas generales

1° Los libros

A) Los nacimientos, matrimonios y defunciones se harán constar en [illegible] en [illegible] registros especialmente destinados a este objeto (C.C. art. [illegible]), que serán llevados por duplicado en tres libros: uno de nacimientos, otro de matrimonios y el otro de defunciones (C.C. art. [illegible]).

---

4 Estos testigos se llaman instrumentales [illegible] frecuentemente se utilizan como sinónimo.

5 [illegible] celebrados sin intervención de funcionario público".

B) A reserva de las novedades que puedan introducirse conforme a la Constitución de 1961, los Concejos Municipales entregarán a la Primera Autoridad Civil de las Parroquias o Municipios comprendidos dentro de su jurisdicción, los dos ejemplares de cada uno de los tres libros en los primeros quince días del mes de diciembre de cada año. Para los matrimonios que se celebren en el Concejo Municipal o en presencia de los demás funcionarios autorizados por la ley, cada concejo llevará un libro destinado a ese efecto y entregará otro a cada uno de dichos funcionarios (C.C. art. 477, encab.).

C) Todos los libros deberán:

a) Estar en papel florete de orilla.

b) Contener en sus primeras hojas las disposiciones del Código Civil sobre las partidas que se han de insertar y sus respectivos modelos.

c) Tener todas sus hojas marcadas con el sello del Concejo Municipal.

d) Llevar en la primera hoja una constancia firmada por el Presidente del Concejo del número de folios que contenga el libro, del objeto de este y del año en que ha de emplearse (C.C. art. 477, apartes).

2° Partidas o actas

A) Las partidas se extenderán numerándolas sucesivamente en los libros respectivos con letra clara, sin dejar espacios, salvándose especialmente al final de la misma letra y antes de las firmas, toda palabra borrada, interlineada o enmendada. No se podrán usar abreviaturas ni guarismos, ni aun en las fechas (C.C. art. 449).

B) Las partidas del estado civil deberán expresar (C.C. art. 448):

a) El nombre y apellido del funcionario que las autorice, con la mención del carácter con que actúa.

b) El año, mes y día en que se extiendan.

c) El día, mes y año, la hora, si es posible, y la casa o sitio en que aconteció o se celebró el acto que se registra.

d) Las circunstancias correspondientes a la clase de acto;

e) El nombre, apellido, edad, profesión y domicilio o residencia de las personas que figuren en la partida como partes, declarantes o testigos;

f) Los documentos presentados en los casos en que la ley exige presentación de documentos para levantar la partida.

2º En ninguna partida se podrá insertar [illegible] sino únicamente lo que la ley exige (C.C. art. 449).

3º Toda partida debe leerse a las partes y a los testigos, expresándose al final de la misma haberse cumplido esta formalidad (C.C. art. 450).

4º Las partidas deben ser firmadas por:

a) El funcionario o persona autorizada y su secretario;

b) Los testigos que sepan escribir;

c) Las partes que comparezcan y puedan hacerlo; y

d) Los declarantes, en sus casos.

Deberá expresarse la causa por [illegible] la firma de alguno de los obligados a ello (C.C. art. 448).

5º Los documentos o comprobantes que se presenten para extender las partidas de registro deberán ser firmados [illegible] por la parte que los presente y por el funcionario [illegible] y se conservarán por la persona autorizada para [illegible] (C.C. art. 452).

6º Si después de cerrados los libros [illegible] se reciben partidas que deban insertarse en los mismos, [illegible] libros nuevos y avisará inmediatamente al Juez de Primera Instancia a quien enviará en la misma oportunidad la partida que sirvió de origen (C.C. art. 453). Como se observa, esta disposición no se refiere al caso de que se trate de redactar una partida sino al caso de que una vez redactada sea necesario por mandato de la ley insertarla, en otros libros.

7º Los funcionarios que hayan autorizado [illegible] para ver que se refieran a partidas constantes en [illegible] Registro Civil, y que deba insertarse o anotarse en [illegible]

de Primera Instancia del lugar en que debe hacerse la inscripción o anotación (C.C. art. 455)

3° Inspección de los registros de estado civil

La inspección de los registros del estado civil corresponde al Síndico o Procurador Municipal de la jurisdicción (C.C. art. [illegible])

4° Remisión, revisión y archivo de los libros

a) El día 31 de diciembre de cada año se cerrarán los libros de registro, expresándose en diligencia que firmará el funcionario competente y se sellará, el número de las partidas que cada uno contenga (C.C. art. [illegible])

b) Dentro de los primeros quince días de cada año, la autoridad remitirá al Juez de Primera Instancia que ejerza la jurisdicción civil en la respectiva circunscripción [illegible] los ejemplares del registro [illegible] de [illegible] correspondientes (C.C. arts. 492 y [illegible])

c) Los Jueces de Primera Instancia examinarán [illegible] atentamente los registros, y

a) Si [illegible] sin necesidad de hacer [illegible] modificación [illegible] devolverá [illegible] la falta u omisión (C.C. art. 493)

b) Si [illegible] la inserción ordenada de [illegible] mandará [illegible] las inscripciones [illegible] del registro correspondiente (C.C. art. [illegible])

c) Si [illegible] la omisión de [illegible] devolverán los libros necesarios para que se [illegible] (C.C. art. 494 [illegible])

Si [illegible] faltas u omisiones que no puedan subsanarse conforme a las reglas anteriores, el Juez promoverá [illegible] del caso, previa averiguación [illegible] de las circunstancias y con citación de las partes interesadas [illegible] conveniente y [illegible] posible. La corrección ordenada se estampará al margen de [illegible] respectiva [illegible] en los nuevos [illegible] al margen [illegible]

para contener [illegible] en este caso [illegible] la correspondiente anotación en la partida (C.C. art. 495).

[illegible] El Juez [illegible] al final de cada [illegible] de las actas, [illegible] y que por [illegible] en los libros [illegible] del registro [illegible] la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio, para que [illegible] al final [illegible] en su poder (C.C. art. [illegible]). [illegible] de la Primera Autoridad Civil [illegible] partida [illegible] debía haberse [illegible] el libro [illegible] después de que el Juez [illegible] el libro al Registrador Principal, como se indicará [illegible] el Juez [illegible] y la Primera Autoridad Civil [illegible] deberá insertarse la partida [illegible] con la [illegible] expresado decreto del Juez (C.C. art. 497).

[illegible] al Registrador Principal [illegible] Código Civil, lo cual [illegible] El propio Código Civil reglamenta los detalles de la [illegible] de lo que [illegible].

5.° Registro de los actos anteriores a 1873

Los [illegible] de las iglesias parroquiales correspondientes a los bautismos, matrimonios y defunciones llevados por los párrocos hasta el primero de enero de 1873 [illegible] en los archivos de las respectivas iglesias, pero las certificaciones de sus partidas, para [illegible] pueden expedirse [illegible] el Juez de Parroquia o Municipio (C.C. art. 463)[6].

6 Recuérdese la jurisprudencia citada en la nota 3.

II. NORMAS ESPECÍFICAS DEL REGISTRO DE NACIMIENTOS Y DE LOS DEMÁS ACTOS QUE DEBEN CONSTAR EN ÉL

1° Generalidades

En la materia se realizó una modificación apreciable en la Ley Orgánica para la Protección de los Niños y Adolescentes.

A) Antes de que entrara en vigencia la citada Ley (el 1º de abril del año 2000), se aplicaba en la materia el régimen que de seguidas se indica.

Dentro de los veinte días siguientes al nacimiento, se debía hacer la declaración de éste al funcionario del Estado Civil (v. *supra*), a quien se le presentaba también el recién nacido. Tanto la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio, como el Comisario de Policía, en sus casos, debían trasladarse a la casa donde se encontraba el niño de cuyo nacimiento tuvieren noticias a fin de verificar el acto en la propia casa, no pudiendo cobrar ningún emolumento por esta diligencia. Los que no cumplieren con la obligación indicada, debían ser destituidos de su cargo (C.C., art. 464).

Ya se ha indicado que la autoridad podía dispensar de la presentación del niño a quienes debían hacer la declaración de referencias.

La partida de nacimiento se extendería inmediatamente después de la declaración (C.C., art. 465, ap. único).

Cuando la presentación ocurría ante el Comisario de Policía, éste extendía la partida por duplicado en hojas volantes, entregaba uno de los ejemplares al interesado y remitía el otro a la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio, para que lo insertara y certificara en el Libro respectivo (C.C., art. 464, ap. 1º).

En el caso de que la presentación ocurriera ante el Director u otro funcionario competente de los establecimientos indicados por la Ley sobre Protección Familiar, el funcionario extendía la partida por triplicado, entregaba uno de los ejemplares al presentante y otro a la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio a los mismos fines que en el caso anterior, y conservaba el otro ejemplar en el archivo del Instituto (Ley sobre Protección Familiar, art. 1º, encab.). Por otra parte, es de observar que en los casos previstos

por la existencia del funcionario extenderá la partida antes de que la madre y el recién nacido egresen del Instituto donde ocurrió el nacimiento, está facultado en caso de que no fuera presentado por el padre o la madre (Ley cit., art. 1º, ap. único).

b) Como apuntamos, este régimen general se modificó a partir del 1º de abril de 2000 al entrar en vigencia las siguientes normas de la Ley Orgánica para Protección de los Niños y Adolescentes:

a) "Todos los niños y adolescentes tienen derecho a ser inscritos gratuitamente en el Registro del Estado Civil, inmediatamente después de su nacimiento (norma en cuya redacción se observa un "lapsus" toda vez que es imposible inscribir en el Registro del Estado Civil a un adolescente inmediatamente después de su nacimiento)" (L.O.P.N.A., art. 18, encab.).

b) Los padres, representantes o responsables deben inscribir a quienes se encuentren bajo su patria potestad, representación o responsabilidad en el Registro del Estado Civil (L.O.P.N.A., art. 18, parág. prim.).

c) El Estado garantizará procedimientos gratuitos, sencillos y rápidos para la inscripción oportuna de los niños y adolescentes en el Registro del Estado Civil. A tal efecto, dotará oportunamente a éste de los recursos necesarios para dicha inscripción. Asimismo, debe adoptar medidas específicas para facilitar la inscripción, en el Registro del Estado Civil, de aquellos adolescentes que no hayan sido inscritos oportunamente (L.O.P.N.A., art. 18, parág. seg.).

d) "Cuando el nacimiento ocurra en hospital, clínica, maternidad u otra institución pública de salud, la declaración del nacimiento se hará ante la máxima autoridad o por delegación de la institución respectiva. Dicho funcionario extenderá la correspondiente acta haciendo cuatro ejemplares de la misma en formularios elaborados al efecto. El primero de estos ejemplares se entregará al presentante y el otro lo remitirá a la primera autoridad civil de la parroquia o municipio en el cual haya ocurrido el nacimiento, a fin de que ésta ordene la inserción y certifique la declaración en los respectivos libros del Registro del Estado Civil. El tercer ejemplar se conservará en un archivo especial de la institución y el cuarto ejemplar se remitirá a la Oficina Nacional de Identificación y Extranjería" (L.O.P.N.A., art. 19, encab.).

> [illegible] (L.O.P.N.A., art. 19, parág. prim.)

La máxima autoridad de las instituciones públicas de salud puede delegar las atribuciones previstas en este artículo en otros funcionarios de las mismas instituciones, mediante resolución que dicte al efecto. (L.O.P.N.A., art. 19, parág. seg.)

e) Fuera de los casos previstos en el artículo 19, la declaración de nacimiento debe hacerse dentro de los noventa (90) días siguientes al mismo, ante la primera autoridad civil de la parroquia o municipio. (L.O.P.N.A., art. 20, encab.)

f) En aquellos casos en que el lugar de nacimiento diste más de tres kilómetros del lugar de residencia de la primera autoridad civil, la declaración puede hacerse ante dos testigos, o ante el funcionario público más próximo competente para tales fines, quien la extenderá por duplicado en hojas sueltas y entregará uno de los ejemplares al presentante y el otro lo remitirá al jefe civil de la parroquia o municipio, quien lo insertará y certificará en los libros del Registro respectivo. (L.O.P.N.A., art. 20, aparte único)

g) La autoridad del Estado civil expedirá gratuitamente y en un plazo no mayor de veinticuatro horas la primera copia de la partida de nacimiento en todos aquellos casos en que la presentación del niño se realice en el término previsto en el artículo anterior. (L.O.P.N.A., art. 21)

2º Menciones que debe contener la partida de nacimiento

Además de las menciones que debe contener toda partida, la de nacimiento contendrá:

A) En todo caso, el sexo y nombre del recién nacido. Si el declarante no le da nombre, lo hará la autoridad civil ante quien se haga la presentación (C.C., art. 466, encab.).

B) Si el parto fuere de gemelos, se mencionará esta circunstancia en cada una de las partidas que deberán extenderse y se expresará el orden de los nacimientos (C.C., art. 466, ap. 1.º).

C) Cuando no estuviere vivo el niño en el momento de hacerse la declaración de su nacimiento, la autoridad civil lo expresará así, sin tener en cuenta la declaración de los comparecientes de haber nacido vivo o muerto. Se extenderá, además, al mismo tiempo, la partida de defunción correspondiente, sin expresar si el niño nació con vida o no (C.C. art. 446, ap. 2º y 3º).

D) Si el nacimiento proviene de matrimonio, la declaración debe enunciar, además, el nombre y apellido, cédula de identidad, profesión y domicilio del padre y de la madre (C.C. art. 467).

E) Si el nacimiento proviene de unión no matrimonial no se designará al padre en la partida, sino cuando haga la presentación el mismo o por medio de mandatario especialmente constituido; pero sí se expresará el nombre y apellido de la madre, a menos que el presentante exponga que le está prohibida esa mención, lo cual se hará constar en el acta (C.C. art. 468, encab.).

Se expresará también la cédula de identidad, el domicilio y profesión del padre o de la madre que aparezcan designados en el acta (C.C. art. 468, ap. últ.).

3º Nacimientos ocurridos fuera del domicilio de los padres o en el exterior, o en viaje de mar

Si un niño nace fuera del domicilio de los padres, o en el exterior, o en viaje de mar, la ley trata de asegurar que la partida levantada por el funcionario competente y *supra* se transcriba en los libros de la Parroquia o Municipio donde tengan su domicilio los padres o, en su caso, en los libros de la Parroquia o Municipio de la última residencia de los padres en Venezuela (C.C. arts. 470 y 471).

4º Hallazgos de recién nacidos dejados en lugar publico o privado

Quien encuentre un niño recién nacido, dejado en un lugar público o privado, lo presentará dentro de 8 días a la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio con los vestidos y demás objetos que se hallen con él y declarará todas las circunstancias de tiempo y lugar en que lo haya encontrado (C.C. art. 472, encab.).

Se extenderá acta circunstanciada de la presentación, expresándose en ella, además de la edad aparente del niño, su sexo y el nombre y apellido que le hayan dado (C.C. art. 469, ap. 1º).

El acta se extenderá en el Registro de Nacimientos (C.C. art. 469, ap. últ.).

5° Otros actos que deben constar que deben constar en el registro de nacimientos

A) El reconocimiento de hijos hecho posteriormente a la partida de nacimiento ante la Primera Autoridad Civil de las Parroquias o Municipios se hará constar en los libros de Registro de Nacimientos (C.C. art. 472, encab.). La ley enuncia pormenorizadamente las formalidades del acto y las menciones del acta (C.C. art. 472, encab.).

B) Además, el funcionario hará constar el reconocimiento al margen de la partida de nacimiento si se encontrare en su archivo, o lo avisará para este fin a la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio en donde se asentó aquella partida. En ambos casos, lo avisará igualmente al Registrador Principal en cuyo archivo se encuentre otro ejemplar de la mencionada partida para que este estampe la correspondiente nota marginal (C.C. art. 472, ap. 2º). Igual anotación se hará del reconocimiento otorgado en un acta de matrimonio, en testamento o en otro acto auténtico, y a tal efecto el funcionario que autorice el acto lo avisará al funcionario del estado civil y al Registrador Principal (C.C. art. 472, ap. 2º).

C) Agregamos que el Código Civil ordena que se haga la anotación marginal en la partida de nacimiento de los decretos de adopción (C.C. art. 472, ap. 3º), si no ha entrado en vigencia la LOPNA. Caso contrario, se estará a lo dispuesto en los artículos 432 y 436 de dicha ley, donde se limita principalmente la publicidad del registro de la adopción, como se verá en Derecho de Familia.

6° Prelacion de la partida de nacimiento frente a la partida de bautismo

En los registros bautismales no podrá asentarse ninguna partida de nacimiento sin que se presente certificación de haberse extendido

[illegible] (v. capítulo siguiente) (C.C. art. 473).

III. Normas específicas del registro de matrimonios

[illegible] art. 475).

IV. Normas específicas del registro de defunciones

1° La orden de inhumación en los casos ordinarios

[illegible] papel [illegible]

2° La orden de inhumación en casos de muerte sospechosa

[illegible]

3° Partida de defunción ordinaria

La partida de defunción expresará:

A) El lugar, día y hora de la muerte.

B) La causa de la misma.

C) El nombre, apellido, edad, documento de identidad, profesión y domicilio o residencia que tenía el difunto.

D) El nombre y apellido del cónyuge sobreviviente, o el del cónyuge premuerto;

E) La enumeración, con sus nombres completos, de todos los hijos que hubiere tenido el difunto, con especificación de los que hubieren fallecido antes y de los que vivieren, y entre estos los que sean menores de edad.

F) El nombre, apellido, edad, profesión y domicilio de la persona o personas que dieran el aviso de la muerte.

G) Si fuere posible, se expresará también el nombre, apellido, profesión y domicilio del padre y de la madre del difunto, y el lugar del nacimiento de este (C.C., art. 477, encabez.).

4° Partida de defunción de personas inhumadas sin orden de la autoridad

Si se sepultara un cadáver sin la orden de la autoridad, esta avisará al Juez de Instrucción más próximo de la jurisdicción[8]. Cuando fuere necesaria la exhumación del cadáver, no se le inhumará nuevamente sino por orden del Juez (C.C., art. 478, encabez.). La decisión judicial se insertará en el Registro de Defunciones y hará las veces de partida (C.C., art. 478, ap. único).

7 [illegible] en muchas circunscripciones.

8 [illegible] desempeñadas por otros Jueces Penales.

5° Partida de defunción cuando es imposible encontrar o reconocer el cadáver

En los casos de muerte en que sea imposible encontrar o reconocer los cadáveres, la Primera Autoridad Civil del lugar abrirá una relación [illegible] con todos los hechos y demás circunstancias que con él se relacionen y, concluida que esta sea, la transmitirá al Juez de Primera Instancia. Si de estas actuaciones resultare comprobada la muerte de una persona determinada, el Juez comunicará a la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio donde ocurrió la muerte, para que se inserte el decreto en el Registro de Defunciones (C.C. art. 479).

6° Defunción de persona desconocida o hallazgo del cadáver

En caso de fallecimiento de persona desconocida o hallazgo de un cadáver cuya identidad no sea posible [illegible] comprobar, se levantará un acta con las menciones que señala la ley y se la publicará en la prensa para facilitar la identificación respectiva. Tan pronto esta se logre, se extenderá una nueva partida y se estampará la nota marginal en la partida anterior (C.C. art. 480).

7° Defunciones en alta mar y fuera del domicilio

La ley dicta las normas necesarias para que si la muerte ocurre en alta mar o fuera del domicilio del difunto se inserte la partida en los registros de dicho domicilio (C.C. arts. 481 y 482).

8° Defunciones cuya prueba resulte de sentencia penal

En cualquier caso en que la prueba de una defunción resultare de un juicio penal, la decisión ejecutoriada que reconozca el hecho del fallecimiento tendrá el mismo valor probatorio que el acta de defunción (C.C. art. 485, encab.). El Juez a quien corresponda ejecutar la sentencia enviará copia certificada de la misma para su inserción y certificación en los libros de defunciones a la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio donde era vecina la persona muerta (C.C. art. 485, ap. único).

9º Otras reglas especiales

A) Se admitirá todo género de pruebas para establecer la muerte ocurrida en campaña, naufragios, accidentes de aviación, inundaciones, incendios, explosiones, terremotos, ciclones, epidemias graves y otras calamidades semejantes, y en los casos de fallecimiento de una persona desconocida o de hallazgo de cadáver no identificado (C.C. art. 486).

B) En casos de epidemias o de temor fundado de contagio por la clase de enfermedad que haya producido la muerte de una persona, se hará a lo dispuesto por el Código Civil las excepciones que prescriban las leyes y reglamentos especiales de sanidad.

V. Normas específicas de los registros del estado civil de los militares en campaña

1º Las partidas del estado civil de los militares en campaña, o de las personas empleadas en el Ejército de la República, se extenderán por los oficiales que designen los reglamentos especiales (C.C. art. 488). Aunque en sentido estricto la expresión "Ejército" tiene un significado más restringido, en esta disposición debe entenderse como sinónimo de Fuerza Armada Nacional.

2º Las partidas de nacimiento y de defunción deberán extenderse dentro del menor término posible y contendrán las indicaciones exigidas por el Código Civil (C.C. art. 489).

3º Los oficiales que desempeñen las funciones relativas al estado civil enviarán las partidas que hayan extendido al Ministerio de la Defensa[9], quien las remitirá a la Autoridad Civil de las Parroquias o Municipios del domicilio respectivo (C.C. art. 490).

9 En la reforma del 82 no se corrigió el texto del artículo [illegible] Ministerio [illegible] Ministerio de Guerra y Marina [illegible]

Capítulo XI
REGISTRO CIVIL: FIN

Valor probatorio de las partidas del estado civil. Rectificación de las partidas del estado civil. Nulidad de las partidas del estado civil. Pruebas supletorias del estado civil. Referencia especial relacionada con niños y adolescentes

VALOR PROBATORIO DE LAS PARTIDAS DEL ESTADO CIVIL

El valor probatorio de las partidas debidamente registradas está determinado por tres reglas legales (C.C., art. 457).

1. Respecto de *los actos presenciados por la autoridad. Las partidas* [illegible] *auténticas*. En consecuencia, mientras no se declaren falsas hacen plena fe *erga omnes*: 1º de los hechos que el funcionario declara haber efectuado dentro de sus facultades legales y 2º de los hechos ocurridos en presencia del funcionario, de haber visto u oído, siempre que estuviese facultado para hacerlos constar (C.C., art. 1.359). Así, por ejemplo, hacen plena fe *erga omnes*, mientras no sean declaradas falsas en las respectivas partidas de nacimiento, entre otras, las declaraciones del funcionario de que [illegible] determinación [illegible] del presentante y de que este compareció ante él.

A su vez, para que las partidas puedan ser declaradas falsas se requiere intentar la tacha de falsedad, la cual solo procede por causales taxativamente señaladas por la ley (C.C., art. 1.380) y se tramita por un procedimiento especial muy riguroso (C.P.C., arts. 438 y siguientes).

[illegible] la práctica [illegible] suelen producirse las propias partidas [illegible] [illegible] debe [illegible] [illegible] las [illegible] competente (C.C. art. [illegible]) [illegible] Estado [illegible] Oficina Pública (C.C. art. 1.385).

II. *Las declaraciones de los comparecientes sobre hechos [illegible]* [illegible] contrario [illegible] en caso de [illegible] Debe [illegible] al mismo tiempo [illegible] de prueba [illegible] más o menos graves [illegible] también *hominis* [illegible] padres de los contrayentes [illegible] se [illegible] otras las [illegible] lugar del nacimiento [illegible] en caso de parto múltiple.

III. *Las indicaciones extrañas al acto* [illegible] ningún valor [illegible] efectiva [illegible] ni aun indicar [illegible]

1 [illegible] sugiere releer la nota 1 del Capítulo V.

una excepción al principio general de que las enunciaciones extrañas al acto hechas en un instrumento público pueden servir de principio de prueba (C.C. art. 1.361, ap. único). Un ejemplo de mención prohibida sería la designación del padre cuando se trata de la partida de nacimiento de un hijo nacido de unión no matrimonial si éste no es presentado por el propio padre o por mandatario de éste debidamente constituido.

Debe tenerse muy presente que las menciones de las actas del estado civil sólo tienen el valor probatorio señalado respecto del acto o hecho que se propone constatar el acta correspondiente. Así, la indicación de su propio estado civil hecha por un testigo no goza del beneficio de considerarse como cierta hasta prueba en contrario; ni tampoco constituye prueba de filiación la mención del nombre de los padres en la partida de defunción del pretendido hijo[3], ni la partida de matrimonio sirve de prueba de la filiación de los contrayentes[4].

Con ironía se ha señalado que la ley ha dado el mayor valor probatorio a menciones casi siempre falsas, como la declaración del funcionario de que ha reconocido el cadáver, mientras que niega todo valor probatorio a las menciones extrañas al acta, como las relativas al carácter de filiación, que casi siempre son exactas.

RECTIFICACION DE LAS PARTIDAS DEL ESTADO CIVIL

1. INTRODUCCIÓN

Para garantizar el valor de las actas del estado civil, la ley ha establecido que ninguna partida puede reformarse después de extendida y firmada sino en virtud de sentencia ejecutoriada y por orden del Tribunal de Primera Instancia en cuya jurisdicción corresponda la Parroquia o Municipio donde se extendió la partida (C.C. art. 501), salvo que, estando presentes todavía el declarante[2] y

2 C.F.C., sent. de [illegible]

3 C.F.C., sent. [illegible] Mem. [illegible] tomo [illegible], pág. [illegible]. Sin embargo, puede [illegible] Mem. [illegible] tomo [illegible], pág. [illegible]

4 C.F.C., Gac. For., nº 8, pág. 542

Los testigos [illegible] cuenta [illegible] hacerse [illegible] suscribiendo todos los intervinientes [illegible] (art. 462). Así pues, la rectificación [illegible] ya mencionado, presupone un juicio.

II. Procedencia de la acción de rectificación de partidas

1. Para que sea procedente la acción de rectificación de partidas se requiere que [illegible]. Ello sucede en tres casos:

A) [illegible] de las menciones exigidas por la ley);

[illegible]

C) Cuando el acta contiene menciones prohibidas (toda mención no exigida por la ley [illegible] de acuerdo con el artículo 451 del Código Civil).

[illegible]

2. Por otra parte, para que sea procedente la acción de rectificación de partidas es necesario que [illegible] persiga [illegible]

[illegible] sent. de 23-11-1970, J.T.R., vol. XVIII, págs. 287-89).

[illegible] es improcedente de la acción.

[illegible]

[illegible] se pretendiera subsanar la [illegible] los mismos efectos de una sentencia de [illegible] de estado correspondiente[6].

[illegible]

A) [illegible] levantada).

B) [illegible]

C) [illegible]

D) [illegible] era casado).

6 [illegible] sent. de 1-IV-1964 (J.T.R., vol. XII, pág. 668).

III. Personas que pueden pedir la rectificación (legitimación activa)

1. Pueden pedir la rectificación de una partida todos los interesados, o sea, todos aquellos a quienes afecten las menciones omitidas, inexactas o prohibidas de la partida, bastando para ello el simple interés moral de ser designado exactamente. Así, pueden intentar la rectificación las partes, por temor de que la partida tenga menos eficacia probatoria; los terceros que tengan perjuicios por las omisiones, inexactitudes o menciones prohibidas que contenga el acta; e incluso los funcionarios del estado civil que intervinieron en la formación de la partida y que teman ver comprometida su responsabilidad.

2. Según algunos, el Ministerio Público puede pedir la rectificación de oficio; [illegible] procede administrativamente por considerar que hay interés público en la rectificación.

IV. Competencia judicial

El Juez competente para conocer y decidir en primera instancia del juicio de rectificación de partidas es el Juez Civil de Primera Instancia que tenga jurisdicción en la [illegible] Parroquia o Municipio donde se extendió la partida de cuya rectificación se trata (C.C., art. 501).

Si la partida fue extendida en el exterior y luego se transcribió al país, el Juez competente es el Juez Civil de Primera Instancia que tenga jurisdicción en el lugar donde se transcribió la partida.

V. Procedimiento en el juicio de rectificación

Para la rectificación de partidas existe un procedimiento especial que a su vez se simplifica en los casos de errores materiales, tales como cambio de letras, palabras mal escritas o escritas con errores de ortografía, transcripción errónea de apellidos, traducciones de nombres y otros semejantes (C.P.C., arts. 768 [illegible]).

VI. Valor de la cosa juzgada

Las sentencias definitivamente firmes recaídas en los juicios de rectificación no producirán efecto sino entre las partes que intervinieron en el juicio —o sea, sólo tienen valor relativo—, pero nunca podrá ir contra lo decidido en tales fallos, aun respecto de los que no fueron partes en el juicio, quien promovió la rectificación (C.C., art. 504). Así, por ejemplo, si alguien pide que se corrija su fecha de nacimiento que aparece en su partida, la sentencia, en principio, sólo produce sus efectos entre las partes, pero el demandante no podrá intentar un nuevo juicio (ni siquiera frente a quien no fue parte en el primero) para que se modifique la fecha de nacimiento declarada en la sentencia.

VII. Forma de efectuar la rectificación

La sentencia ejecutoriada que acuerde la rectificación de una partida se inscribirá en los dos ejemplares del Libro correspondiente y servirá de partida (C.C., art. 502; C.P.C., art. 774). Además se pondrá nota al margen de la partida reformada (C.C., art. 502; C.P.C., art. 774, p. 1º). De allí en lo sucesivo no se podrá dar copia certificada sin insertar la nota marginal de rectificación (C.C., art. 503).

En los casos de rectificación de una partida de la cual se hayan derivado errores en actos posteriores que dependan de ella, será suficiente para la corrección de estas últimas la notificación que haga el Juez al funcionario respectivo para que éste estampe la correspondiente nota marginal (C.P.C., art. 774).

NULIDAD DE LAS PARTIDAS DEL ESTADO CIVIL

Ni en nuestro Código Civil ni en el Código Civil francés existe ninguna disposición expresa que establezca la nulidad de las actas del estado civil. Los trabajos preparatorios del Código Civil francés revelan que el silencio en la materia fue deliberado. En realidad

* No basta para la rectificación de las partidas la simple [illegible] al funcionario del estado civil por [illegible] Juez [illegible] incompetente (J. [illegible] 2º de Menores del D.F., sent. de 8-VI-1958, J.T.R., vol. VI, tomo II, págs. [illegible]).

hubiera sido muy grave anular documentos tan importantes para probar el estado civil en razón de irregularidades que casi siempre son imputables a personas extrañas a las partes. De allí que la jurisprudencia francesa y venezolana consideren como regla general que las irregularidades de las actas del estado civil no acarrean la nulidad de las mismas sino que pueden ser rectificadas mediante el procedimiento de rectificación de partidas. Este principio ha sido aplicado hasta en casos en los que parecería que lógicamente hubiera debido considerarse que no había partida, como es el caso en que falta, aunque sea conjuntamente, la firma del funcionario y de los testigos[8].

Sin embargo, excepcionalmente se admite que las actas del estado civil son nulas en los siguientes casos:

1. [illegible] que cuya firma [illegible] sea siempre [illegible] negativa de la persona correspondiente. A este propósito debe destacarse que la sola falta de firma no crea [illegible] la presunción de que haya habido negativa [illegible]. Ya que es perfectamente concebible que la falta de firma se deba a inadvertencia[9].

2. Cuando no ha intervenido el funcionario llamado por la ley, lo que no se presume por el solo hecho de que falte su firma. Los casos que más verosímilmente se pueden presentar no son los de que no haya intervenido [illegible] funcionario [illegible], sino el de que la persona que intervino como tal no estaba legalmente investida de la función correspondiente, caso en el cual procede aplicar la teoría de los funcionarios de hecho, y [illegible] de que el funcionario que haya intervenido es incompetente [illegible]. En caso de incompetencia del funcionario si se trata de matrimonio debe tenerse en cuenta la norma especial del artículo 117 del Código Civil que sólo [illegible] en caso de incompetencia territorial.

8 [illegible]

9 CFC, sent. de 9-VIII-1946, citada en la nota anterior.

3. Cuando no han intervenido los testigos requeridos por la ley, lo que no se presupone por la sola falta de firmas. En el caso de que el testigo no firme [illegible] los tribunales franceses suelen examinar el caso concreto antes de pronunciarse acerca de la nulidad o validez del acta, de acuerdo con el convencimiento que se formen sobre la trascendencia de la irregularidad de que se trate.

4. Cuando las partidas han sido extendidas en hojas volantes.

5. Cuando las partidas han sido extendidas tardíamente. Sin embargo, entre nosotros se ha sido más tolerante en este aspecto por la fuerza de los hechos [illegible]. La jurisprudencia francesa dominante es que en el caso [illegible] no se pronuncia la nulidad de [illegible] circunstancias del caso concreto [illegible] motivos para [illegible] de los comparecientes. Este criterio ha sido acogido entre nosotros por Dominici[11].

[illegible]

[illegible] vol. XVIII, págs. 263-6[illegible]

PRUEBAS SUPLETORIAS DEL ESTADO CIVIL

I. INTRODUCCIÓN

En principio, los actos o hechos relativos al estado civil deben ser probados con el acta correspondiente, pero, aunque es difícil que otras pruebas reúnan las mismas garantías que ofrecen las actas, es necesario autorizar a título subsidiario (a falta de acta) otros medios de prueba especiales cuando el interesado sin su culpa se encuentra en la imposibilidad de hacer valer una partida.

II. SISTEMA ORDINARIO DE PRUEBA SUPLETORIA (SENTENCIA DECLARATIVA)

1° El medio ordinario de suplir la falta o pérdida de la partida consiste en intentar un juicio al efecto cuya sentencia definitivamente firme y ejecutoriada, una vez insertada en el Registro Civil, hará las veces de partida. En consecuencia, la prueba supletoria ordinaria es una sentencia declarativa y no puede aceptarse otra prueba, como sería, por ejemplo, un justificativo de testigos[12].

2° La acción correspondiente procede si se han perdido o destruido en todo o en parte los registros, si no han llegado, si no se han llevado los registros de nacimiento o de defunción, o si en estos mismos registros se han interrumpido u omitido los asientos (C.C. art. 458 encab.), siempre que tales hechos no provengan de dolo del requirente (C.C. art. 458 ap. último).

Se ha discutido si la anterior enumeración de supuestos es taxativa o enumerativa, lo que en Francia se ha resuelto en el segundo sentido[13].

Dados los supuestos antes indicados, la acción es admisible no sólo cuando se trate de probar nacimientos, matrimonios y

12 Cfr. Sup. [illegible] Monagas [illegible] pág. [illegible] Cfr. Sup. [illegible] II, págs. [illegible] II, págs. 12-13).

13 Sin embargo, [illegible] Sala de Cas. [illegible] sent. de 25-X-[illegible] declarativa.

defunciones, sino también para acreditar todos los actos que deben inscribirse en los registros del estado civil (C.C. art. 458, ap. 1º).

3. El procedimiento para seguir tales juicios es el mismo establecido para los juicios de rectificación de partidas, pero sin que pueda abreviarse el lapso probatorio (C.C. art. 505).

4. El interesado deberá probar en el juicio: A) El hecho de encontrarse en uno de los supuestos de procedencia de la acción, y B) El hecho o acto relativo al estado civil que desea probar. Esta última prueba puede hacerse por cualquier medio probatorio (C.C. art. 458, encab.), con la particularidad de que las partidas eclesiásticas tendrán valor de presunción (C.C. art. 458, encab.)[14].

Si en el caso concreto la ley exige la prueba de la posesión de estado, dicha prueba no puede hacerse mediante una simple justificación de testigos evacuada fuera del juicio (C.C. art. 505)[15].

5. La sentencia que se dicte en este proceso tiene el mismo valor que la sentencia dictada en el juicio de rectificación de partida (C.C. art. 505).

6. La sentencia definitivamente firme se enviará en copia certificada al funcionario del registro correspondiente a fin de que la inserte en él.

III. Sistema especial de prueba supletoria en orden a la celebración del matrimonio

Dadas las limitaciones del sistema ordinario de prueba supletoria del estado civil, la ley previó un procedimiento especial en orden a la celebración del matrimonio, el cual presenta dos ventajas: 1) No requiere búsqueda previa en los registros para probar alguno de los supuestos indicados en el encabezamiento del artículo 458 del

14 Véase nota 3 del Capítulo anterior.
15 [illegible] la posesión del estado de cónyuge.

[illegible] relación no contenciosa[16]

[illegible] de la filiación (C.C. art. 459, ap. 1º).

[illegible] dicho (C.C. art. 69).

IV. SISTEMA DE PRUEBA SUPLETORIA EN ORDEN A LA OBTENCIÓN DE LA CÉDULA DE IDENTIDAD.

[illegible] consiste en:

16 [illegible]

1. Presentar constancia expedida por la Primera Autoridad [illegible] Parroquia o Municipio [illegible] por el Registrador Principal [illegible] en los libros [illegible] partida de nacimiento en los libros [illegible] correspondientes [illegible] lugar de nacimiento del solicitante y que la misma no existe.

2. Presentar declaración jurada [illegible] por dos familiares del solicitante que tengan cédula de identidad, hecha ante un Juez o un funcionario de Identificación, en la cual se dé fe de la fecha y lugar y fecha de nacimiento del solicitante.

3. A criterio del solicitante, presentar Partida de Bautismo y constancia de haber [illegible] del Servicio Militar Obligatorio (Ley Orgánica de Identificación, art. 3º)

REFERENCIA ESPECIAL RELACIONADA CON NIÑOS Y ADOLESCENTES

Es necesario tener en cuenta [illegible] relativo a [illegible] del Estado Civil [illegible] supresión de partidas del Estado Civil [illegible] relativos a Niños y Adolescentes [illegible] forma parte del Sistema de Protección del Niño y Adolescente [illegible] por la ley especial y en particular que es de la competencia de los Órganos [illegible] del mencionado Sistema [illegible] LOPNA [illegible] la materia se atribuyan a [illegible] Órganos Administrativos de Protección [illegible] LOPNA art. [illegible] [illegible] es nuestro propósito [illegible] posibilidad de que en algunos aspectos es necesario tomar en cuenta [illegible] normas de la Ley Orgánica [illegible] y no solo las normas [illegible] sustantivas y adjetivas.

Capítulo XII
DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Introducción. Antecedentes históricos. Denominación. Objeto. Naturaleza de la tutela jurídica de los derechos de la personalidad. Caracteres. Extensión y contenido de la categoría de los derechos de la personalidad. Derechos a la individualidad o identidad. Derechos sobre el cuerpo. Derechos relativos a la personalidad moral. Proyecto de ley sobre el nombre y la protección de la personalidad. Los derechos de los niños y de los adolescentes

INTRODUCCIÓN

Los derechos de la personalidad son los derechos subjetivos privados, absolutos y extrapatrimoniales que posee todo ser humano por el solo hecho de serlo y que protegen la esencia de la personalidad y sus más importantes elementos o atributos (tales como la vida, el honor, el nombre, la imagen, la intimidad de la vida privada, etc.).

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La existencia de la categoría especial de derechos de la personalidad fue ignorada por el Derecho romano, aun cuando en él existieron acciones (como, por ejemplo, la *actio injuriarum*) que permitían obtener una protección civil de los elementos o atributos esenciales de la personalidad.

El cristianismo sentó las bases ideológicas fundamentales de la teoría de los derechos de la personalidad al proclamar en forma

categórica la igualdad esencial de todos los seres humanos, la dignidad del hombre y, en consecuencia, la existencia de derechos comunes a todos los hombres derivados de su condición de tales.

Esas ideas [illegible] Edad Media, y sobre todo a partir del Renacimiento, cuando fue necesario justificar la existencia de tales derechos frente a las extralimitaciones de los poderes públicos. Entre las teorías jurídicas de la época [illegible] los hombres [illegible] una *potestas in se ipsum*, una potestad sobre sí mismo, o un *ius in corpus*, derecho sobre su cuerpo, pero [illegible] con la actual teoría de los derechos de la personalidad [illegible] que entonces [illegible] fue [illegible] derechos [illegible] de la Escuela de Derecho Natural en el siglo XVII [illegible] doctrina [illegible] en la [illegible] ciudadano.

[illegible] histórico [illegible] los pandectistas [illegible] con [illegible] político sino [illegible]

La doctrina [illegible] de los derechos de la personalidad es todavía muy imperfecta y existen grandes [illegible] no sólo acerca de la denominación [illegible] de los derechos de la personalidad, sino [illegible] es discutible [illegible] existencia de esa categoría de derechos. El tratamiento legislativo de la materia [illegible] Sin embargo, [illegible] portugués [illegible] los reconoce como una categoría especial de derechos y los regula en cierta medida.

DENOMINACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Si bien predomina la denominación de derechos de la personalidad, se han propuesto entre otros los nombres de:

derechos esenciales o fundamentales de la persona

- derechos sobre la propia persona (denominación que presupone la idea de que el objeto de tales derechos es la propia persona que es titular de ellos),
- derechos individuales (denominación aplicable a muchos otros derechos),
- derechos personales o derechos de estado (terminología que adolece del mismo defecto) y
- derechos personalísimos (expresión que se usa frecuentemente en otros sentidos).

OBJETO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

I. Teoría del derecho sobre la propia persona

La principal discusión sobre el objeto de los derechos de la personalidad versa acerca de si tales derechos pueden considerarse como derechos del sujeto sobre su propia persona (*potestas in se ipsum*), concepción dominante entre [illegible] del siglo XIX y [illegible] autores posteriores ([illegible], Windscheid, [illegible], etc.).

La objeción fundamental que se hace a esta concepción [illegible] es que confunde al sujeto y el objeto del derecho: la propia persona sería sujeto y objeto de los derechos de la personalidad. Pero esta vez se han ensayado dos respuestas a esa objeción fundamental.

1. Unos autores afirman que no existe tal confusión, porque los derechos de la personalidad son *derechos sin sujeto*, concepción que hemos rechazado antes.

2. Otros afirman que el objeto de los derechos de la personalidad no está en la propia persona, sino *en los demás*, en el sentido de que los demás están obligados a respetar los bienes correspondientes (vida, honor, etc.), de modo que estos no son sino los términos de referencia de una obligación negativa u obligación de no hacer que incumbe a la generalidad de las personas [illegible] [illegible] de los derechos. Importa [illegible] que los partidarios de esta opinión en la realidad abandonan la tesis de que el objeto de los derechos de la personalidad es la propia persona.

3º Otros autores destacan que la confusión no existe porque el sujeto de los derechos de la personalidad es *el hombre considerado como unidad física y moral* (con todas las facultades que lo componen), mientras que el objeto de cada uno de los derechos de la personalidad es una manifestación determinada de la personalidad humana (ya sea física o moral: vida, honor, nombre, imagen, etc.). Así pues, sujeto de tales derechos sería el hombre completo y objeto una manifestación particular del mismo.

II. Teorías recientes

1º De Cupis destaca que los derechos de la personalidad no tienen por objeto la propia persona sino los *modos de ser* (físicos o morales) de la persona.

2º Messineo dice que los derechos de la personalidad generalmente tienen por objeto *atributos esenciales* de la personalidad cuyo uso y apropiación se asegura al sujeto (p. ej., la vida). Dentro de este caso general caben dos variantes. Unas veces el objeto de los derechos de la personalidad es uno de esos señalados atributos al cual conceptualmente se le considera como separado de la personalidad del sujeto (p. ej., la vida). Otras veces, en cambio, el objeto del derecho es una *objetivación de uno de esos atributos* (p. ej., el nombre que no es sino una objetivación de la identidad).

Pero señala Messineo que, además de los casos en que el objeto de los derechos de la personalidad es un atributo de ésta (en sí mismo o en una objetivación suya), hay casos en que ese objeto es algo por sí y *ab origine* objetivado (p. ej., los escritos confidenciales).

NATURALEZA DE LA TUTELA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Nadie niega que los bienes a que se refieren los derechos de la personalidad estén protegidos por el Derecho Objetivo, pero se discute si esa protección consiste en haber concedido a la persona verdaderos derechos subjetivos sobre tales bienes. En efecto, algunos autores señalan que los llamados derechos a la vida, integridad corporal, honor, etc., no confieren al sujeto ninguna facultad específica

(nada que éste pueda hacer o no hacer, nada que dependa de su voluntad), de modo que el derecho subjetivo no aparece sino cuando alguien lesiona esos bienes (momento en el cual el sujeto sí tiene facultades conferidas por la ley), pero aun entonces el derecho no se manifiesta como derecho a tales bienes (no confiere facultades al sujeto sobre el bien lesionado), sino como derecho a obtener la condena penal del ofensor o la condena del mismo al pago de la indemnización de daños y perjuicios.

Sin embargo, en general, va prevaleciendo la idea de que los derechos de la personalidad son verdaderos derechos subjetivos y de que sí pueden conferir a su titular facultades en relación con los respectivos bienes y, en todo caso, distintas de las acciones penales y de la indemnización civil de daños y perjuicios.

CARACTERES DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Los derechos de la personalidad:

I. En principio, son derechos *originarios e innatos*, o sea, adquiridos al nacer, sin necesidad de realizar acto o hecho que sirva de título de adquisición.[1]

II. Son derechos *privados*, sin perjuicio de que los mismos bienes a que se refieren sean objeto también de derechos subjetivos públicos.

III. Son derechos *absolutos*, o sea, oponibles *erga omnes*, que aseguran a la persona una facultad sobre ciertos bienes, con exclusión de toda otra persona.

IV. Son derechos *extrapatrimoniales*, lo que no obsta para que el mismo hecho que lesione un derecho de la personalidad también lesione el patrimonio y dé origen a una reparación en dinero. Precisamente por su carácter extrapatrimonial es por lo que resulta inexacto calificarlos de derecho de propiedad, como a veces se

1 Sin embargo, existen derechos como el derecho moral de autor y el derecho sobre los escritos confidenciales que presuponen la creación de una obra o la redacción de un escrito y que por ello no son innatos.

hace con alguno de ellos (p. ej., se habla a veces de la propiedad del nombre)[2].

Por ser extrapatrimoniales, los derechos de la personalidad no pueden ser objeto de medidas de ejecución por parte de los acreedores (no son, pues, susceptibles de embargo).

V. Son, en principio, *indisponibles*: la voluntad privada no puede crearlos, modificarlos, reglamentarlos, transmitirlos ni extinguirlos sino en la medida en que la ley lo autorice.

1º Por excepción, la *adquisición* de ciertos derechos de la personalidad presupone por mandato de la ley un hecho voluntario o un acto jurídico (p. ej., el carácter de [illegible]).

2º La mayoría de los derechos de la personalidad son *inmodificables* en su contenido por la voluntad privada, aun cuando no faltan excepciones (p. ej., el apellido [illegible] de ciertos hechos de los cuales unos presuponen un acto voluntario de su titular o de un acto voluntario de ambos, como el reconocimiento del hijo por el padre, la adopción, etc.).

3º Los derechos de la personalidad, en principio, *no son transmisibles* ni por acto entre vivos (venta, donación, etc.) ni por causa de muerte (testamento), aunque son *comunicables* (p. ej., el hijo adquiere el apellido de sus padres por comunicación)[3].

4º Como, en principio, no pueden ser extinguidos por la voluntad privada, también en principio son *irrenunciables*, sin que falten excepciones (p. ej., el derecho a [illegible] es perfectamente renunciable).

VI. Precisamente por ser indisponibles, los derechos de la personalidad son *imprescriptibles*: ni se adquieren por usucapión ni se pierden por prescripción extintiva.

---

2 Sin embargo, el derecho sobre la propia imagen [illegible] de los derechos de la personalidad [illegible] tener valor estimable en dinero.

3 La diferencia entre comunicación y transmisión [illegible] cap. VII, pág. 176, nota 5.

EXTENSIÓN Y CONTENIDO DE LA CATEGORÍA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Existen grandes divergencias acerca de cuáles son los derechos de la personalidad. Algunos autores traen enumeraciones que comprenden incluso los derechos sobre bienes inmateriales y no falta quien, por lo contrario, reduzca todos los derechos de la personalidad a uno solo.

Sin pretender que la clasificación sea perfecta, dividiremos los derechos de la personalidad así:

I. Derechos a la individualidad o identidad.

II. Derechos sobre el cuerpo.

III. Derechos relativos a la personalidad moral.

IV. Derecho personal o moral de autor.

DERECHOS A LA INDIVIDUALIDAD O IDENTIDAD

Como lo insistiremos en el próximo capítulo, toda persona tiene un interés legítimo en afirmarse como individualidad distinta de las demás; en orden a lo cual juegan un papel importante los signos distintivos de la identidad (nombre, estado civil, seudónimo, sobrenombre). Por ello el ordenamiento jurídico confiere a las personas derechos de la personalidad [illegible] en el capítulo siguiente.

DERECHOS SOBRE EL CUERPO

Los derechos de la personalidad sobre el cuerpo[4] se manifiestan en el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y el derecho a disponer del propio cuerpo.

I. Derecho a la vida (propia)

Es reconocido por la Constitución como el primero de los derechos civiles (Const. art. 19) el derecho a la vida es ciertamente

4 Sin [illegible] dividiremos [illegible]

[illegible] más esencial de todos los derechos de la personalidad, ya que sin [illegible] vida no [illegible] la existencia y disfrute de [illegible] demás bienes.

El derecho a la vida en nuestro ordenamiento jurídico tiene [illegible] constitucional [illegible] presenta la pena de muerte (Const. art. [illegible]). [illegible] el [illegible] igualmente una [illegible] A tal efecto el Código Penal [illegible] además reconoce el derecho de legítima defensa.

En el orden civil el derecho [illegible] para obtener [illegible] de los daños materiales y morales causados por la lesión [illegible] que no haya habido delito penal.

[illegible] derecho [illegible] persona [illegible] derecho a realizar actos que pongan en peligro [illegible] vida.

II. Derechos a la integridad física

También existe tutela penal y civil de la integridad física análoga a la tutela de la vida misma.

El derecho a la integridad física implica [illegible] derecho a negarse a someterse a inspecciones corporales (salvo algunas excepciones) así como a someterse a ciertos tratamientos médicos o quirúrgicos.

III. Derecho a disponer del propio cuerpo (vivo)

[illegible] la existencia [illegible] reconocimiento [illegible] de un *derecho a disponer del propio cuerpo* que sea distinto del derecho a la vida y a la integridad física. [illegible] sea o no un derecho distinto de estos [illegible] es que la persona no sólo puede

[illegible]

disponer de su cuerpo por fines de [illegible] propia sino que también puede hacerlo dentro de ciertos límites para fines altruistas (por ej. donar sangre, prestarse para ciertas experimentaciones científicas, etc.). De acuerdo con la legislación italiana, la facultad de disponer del propio cuerpo tiene dos limitaciones: no se puede consentir en actos que afecten a la integridad física causando disminuciones permanentes; no se pueden realizar actos de disposición del cuerpo que sean contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres (C. Civil, art. 5). Pero estas limitaciones son demasiado severas (piénsese por ejemplo en ciertas donaciones de [illegible] para un trasplante de [illegible] depende la vida de su hijo).

En Venezuela no existe legislación sobre el derecho de disponer del propio cuerpo en general, pero sí en lo referente a los trasplantes de órganos y materiales anatómicos, tanto desde el punto de vista del retiro como de la recepción de los mismos (Ley sobre Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos de 1992, Capítulos I y II).

2. Derecho distinto es el *derecho a disponer de las partes del cuerpo que han sido separadas de él* (pelo, [illegible] cortados). En este caso las partes separadas del cuerpo son, en principio, objeto de propiedad y [illegible] derivados del orden público y de las buenas costumbres.

3. En tercer lugar puede mencionarse [illegible] el *derecho a disponer del cadáver*, que no es [illegible] de la personalidad, pero está conexo con ellos. Aunque existen muchas teorías sobre la naturaleza del cadáver, generalmente se acepta que el mismo no puede ser objeto de propiedad y que tiene una tutela jurídica especial inspirada en la idea de que constituye un residuo de la personalidad; que el propio sujeto puede, dentro de los límites del orden público y de las limitaciones legales, disponer de su cadáver; que a falta de disposiciones propias pueden proveer en la materia otras personas (por ej. el cónyuge), y que el propio sujeto (pero no otra persona) puede consagrar su cadáver en todo o en parte a fines humanitarios o científicos.

Entre nosotros no existen reglas legales expresas y generales sobre el derecho de disponer de un cadáver, excepto en materia de retiro de órganos y materiales anatómicos de un cadáver con el fin

de realizar operaciones de trasplante (Ley sobre Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos de 1992).

DERECHOS RELATIVOS A LA PERSONALIDAD MORAL

Más concretamente, otros derechos de la personalidad pueden ser incluidos dentro de este grupo, como los derechos a la libertad, al honor, al secreto, reserva o vida privada y al derecho personal o moral del autor.

I. Derecho a la libertad

El derecho a la libertad no parece ser, en rigor, un derecho de la personalidad sino el contenido propio de la facultad de ejercer todas las actividades que no estén prohibidas y en que se expresa la personalidad humana. Aun reconociendo así el derecho a la libertad tiene escasa relevancia en las regulaciones en el campo del Derecho Privado. Además, es preciso considerar que las libertades civiles no son verdaderos derechos subjetivos por ser fenómenos y es lo cierto que se protegen fundamentalmente a través del Derecho Público. Sin embargo, nuestro Código Civil prevé específicamente la reparación por el atentado a la libertad personal (C.C. art. 1196).

Dentro de las libertades concernientes a la persona, se distinguen las llamadas *libertades públicas* (libertad religiosa, de expresión y difusión del pensamiento, de reunión, de asociación, etc.) garantizadas por la Constitución y leyes especiales, y las llamadas *libertades civiles*, garantizadas por el Derecho Penal y Civil. Entre éstas se pueden enunciar la libertad de contraer matrimonio, contratar, comerciar, testar, etc.

II. Derecho al honor

El honor puede analizarse en sentido objetivo y subjetivo. En el primer sentido, el honor es la reputación, buen nombre o fama de que goza una persona ante los demás. En sentido subjetivo es el sentimiento de estimación que tiene la persona de sí misma en relación con la conciencia de la propia dignidad moral.

La Constitución establece que todos tienen derecho a ser protegidos contra los perjuicios en su honor o reputación (art. 60). El Código Penal sanciona los delitos de difamación e injuria (C. Pen. arts. 444 a 452) y el Código Civil prevé la indemnización pecuniaria del daño moral causado por lesión al honor o reputación de una persona o de su familia (C.C. art. 1.196).

III. Derechos al secreto, reserva o vida privada

Muy relacionados con el derecho al honor están aquellos que protegen la inviolabilidad de la vida privada contra las intromisiones e indiscreciones ajenas. El Derecho angloamericano trata del *right of privacy* (derecho a lo privado, a la intimidad); los alemanes, del derecho a la esfera secreta de la propia persona; los italianos, del derecho a la reserva, y nuestra Constitución, del derecho a ser protegidos en la vida privada, intimidad y confidencialidad [illegible] (Const. art. 60).

Las manifestaciones más importantes de este derecho son: el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, de la correspondencia, el derecho sobre los [illegible], el derecho sobre la propia [illegible], la voz y las expresiones orales, y el derecho a la imagen.

1º El secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas

Este derecho se refiere a toda comunicación privada, cualquiera que sea su forma (postal, telegráfica, etc.) y con la condición de que la misma no tenga carácter comercial. Nuestra Constitución lo consagra como la garantía del secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en general (Const. art. 48). El Código Penal tutela el derecho al secreto de la correspondencia junto con otros derechos al secreto al tipificar los delitos contra la inviolabilidad del secreto (C. Pen. arts. 186 y siguientes). El Código Civil prevé la obligación de indemnizar el daño moral en caso de violación de un secreto (C.C. art. 1.196).

Al secreto de la correspondencia se asimila el secreto telefónico y, según algunos, deben agregarse como derechos de la personalidad el secreto de otros documentos que no constituyen correspondencia

ni comunicación alguna (papeles privados, libros de comercio, etc.), el secreto profesional y el secreto doméstico, aunque no el llamado secreto industrial, que es objeto de derechos de otra clase.

2° El derecho sobre escritos confidenciales

Toda persona tiene derecho a que no se divulguen sin su consentimiento sus escritos confidenciales, constituyan o no correspondencia (cartas privadas, diarios, memorias, etc.), en los casos [illegible] de que se [illegible] establecidos por la Ley.

La protección de este derecho está comprendida en las normas penales y civiles sobre inviolabilidad del secreto (v. *supra*).

Debe advertirse que el derecho en referencia es distinto del derecho de propiedad sobre la hoja de papel donde consta el escrito [illegible] derechos de autor que puedan existir sobre el escrito (Ley sobre el Derecho de Autor, art. 5º).

3° Derecho sobre la palabra hablada, la voz o las expresiones orales

Toda persona tiene un derecho sobre lo que dice en privado, aunque no haya mediado expresamente reserva, especialmente en el sentido de que no se graben sin su consentimiento las palabras que diga en privado y de que no se divulgue la grabación que se hiciere de ellas, de modo que es un derecho diferente al que tiene el artista vocal sobre sus interpretaciones o el conferencista sobre sus expresiones. Este derecho no se encuentra debidamente configurado y protegido en nuestro ordenamiento jurídico.

4° Derecho a la imagen

La invención de la fotografía y del grabado, así como el desarrollo alcanzado por la publicidad y propaganda a partir del siglo pasado plantean con carácter agudo la cuestión del derecho a la imagen.

La concepción más amplia considera que cada quien tiene sobre su propia imagen un derecho prácticamente incondicionado[5]; mientras que la más estricta sostiene que el derecho a la imagen no se lesiona sino cuando la reproducción o difusión de la misma representa una lesión del honor.

En nuestro Derecho urge reglamentar esta materia que sólo es mencionada en términos generales en la Constitución (art. 60).

IV. DERECHO PERSONAL O MORAL DEL AUTOR

El derecho del autor sobre una obra de ingenio, llamado también impropiamente derecho de propiedad intelectual, comprende al lado de facultades de carácter patrimonial, facultades de carácter personal o moral (por ej., el derecho a decidir si publica o no la obra, el derecho a utilizar su nombre para distinguir la obra, etc.). El conjunto de esas facultades de carácter personal o moral, que se denomina "derecho personal o moral del autor", es un derecho de la personalidad.

LOS DERECHOS DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE

La Exposición de Motivos de la Ley para la Protección del Niño y del Adolescente destaca que la nueva doctrina en la que ésta se fundamenta convierte las necesidades de niños y adolescentes en derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, con la particularidad de que en el contexto de esa nueva concepción jurídica y social se atribuyen derechos específicos a los niños y adolescentes, pero no derechos especiales excluyentes. Aun cuando desde luego convertir necesidades en derechos, en modo alguno implica que con tal declaración queden satisfechas las necesidades.

De acuerdo con la citada Exposición, la especialidad de esos derechos implica reforzar los derechos otorgados a los seres humanos de cualquier edad, adecuándolos a los niños y adolescentes como sujetos en formación. Asimismo se amplían para ellos una serie

(5) Así [illegible] aplicable.

[illegible]

[illegible]

[illegible] puedan asumir su crianza (art. 18).

[illegible] la cultura (art. 31).

[illegible] estupefacientes (art. 33).

[illegible] la sociedad en general.

[illegible]

Capítulo XIII
NOMBRE CIVIL DE LAS PERSONAS NATURALES

Identidad. Nombre civil de las personas naturales. Seudónimo. Sobrenombre. Identificación.

IDENTIDAD

La identidad de la persona consiste en ser uno quien es y no otra. Esa identidad tiene importantes consecuencias jurídicas. Por una parte, la persona tiene un preciso interés en afirmarse no solo como persona, sino como una persona determinada, como individualidad, de modo que no se le confunda con ninguna otra, aun en los casos [illegible] especial. Por otra parte, los terceros (incluso el Estado) tienen interés en poder determinar la identidad de cada persona porque sin ello, en muchos casos, sería imposible determinar si es o no titular de los derechos que pretende o de los deberes que se le exigen.

Para expresar la identidad existen los llamados datos de identidad o signos distintivos, de los cuales el principal es el nombre civil, aun cuando existen otros de menor importancia, como el seudónimo y el sobrenombre. Sin embargo, como a veces el solo nombre no basta para individualizar a la persona porque existen casos de homonimia, además del nombre se hace necesario indicar ciertas circunstancias que determina la ley en cada oportunidad y que se suelen llamar "generales de ley". Así, por ejemplo, en el libelo de la demanda es necesario mencionar no solo el nombre civil, sino también el domicilio del demandante y del demandado (C. P. C., art. 310); en los títulos que deban registrarse se mencionarán el nombre

Los elementos *esenciales* del nombre de las personas naturales, al menos dentro de las sociedades occidentales contemporáneas, son, en principio, el nombre patronímico y el nombre de pila. En otras sociedades el nombre puede contener más o menos elementos, e incluso en las sociedades occidentales contemporáneas el nombre patronímico es sustituido a veces por otros elementos. Así, por ejemplo, los papas y los reyes suelen usar uno o más nombres de pila seguidos de un adjetivo numeral.

A. El *nombre patronímico, apellido* o *nombre de familia* es una palabra que, en principio, sirve para designar a todas las personas de una familia.

Es necesario usar un apellido, pero pueden usarse un mayor número de ellos, como se acostumbra, para individualizar al individuo. Ni en nuestro Derecho ni en ningún otro existen normas acerca de las palabras que pueden usarse como apellido. De hecho, no suele presentarse casi ningún problema, ya que los apellidos de las personas se suelen determinar por el de sus progenitores.

B. El *nombre de pila* o *nombre individual* es la palabra que sirve, decisivo, para diferenciar entre sí a los portadores del mismo apellido, aun cuando de hecho se presentan casos en que dos o más personas tienen el mismo nombre de pila y el mismo apellido.

Toda persona debe tener un nombre de pila [illegible] (art. [illegible]), pero puede tener varios; se acostumbra el uso de uno o más de los que tenga. En nuestro Derecho no hay ninguna norma acerca de las palabras que pueden ser utilizadas como nombre de pila, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones cuyas

1 [illegible]

2 [illegible] (art. 2º).

respectivas normas, por cierto, [illegible] ampliamente. En casos extremos creemos que el funcionario de estado civil puede rechazar la indicación que se le haga de una palabra como nombre de pila alegando, si es el caso, que dicha palabra no puede ser considerada nombre de pila conforme al significado que tiene esta expresión en nuestra lengua.

El nombre de pila con que se designa a una persona en el círculo de sus allegados y [illegible] corresponde al que se le dio en el momento de levantar la partida correspondiente, debe asimilarse al sobrenombre. En cambio, las formas derivadas del nombre de pila impuesto al levantarse la partida (aumentativos, diminutivos, etc.) [illegible] los hipocorísticos (p. ej., Merceditas, Mercedes o Mecha por Mercedes; Paco por Francisco) sí son nombres y pueden tener [illegible] para individualizar a las personas en caso de homonimia.

2° [illegible] *accidentales* [illegible] agregados que se utilizan para evitar las confusiones que podría causar la homonimia [illegible].

3° No forman parte [illegible] nombre [illegible] seudónimo, el sobrenombre, los títulos, grados y dignidades eclesiásticas, militares o académicos, [illegible] honores nobiliarios.

III. Determinación originaria del nombre civil

1° Determinación originaria del nombre de pila

La determinación del nombre de pila la hace en principio el presentante del niño al levantarse la partida de nacimiento [illegible] (C.C. art. 466 [illegible]). Si el presentante no fuere el padre o madre en ejercicio

---

3 Debe advertirse que [illegible] aceptar [illegible] título nobiliario otorgado por [illegible] Poder [illegible] Poderes Nacionales y de los Estados [illegible].

4 La palabra "presentante" [illegible] se usa para designar [illegible] quien se levanta la partida de nacimiento. [illegible] significado de la palabra "representante" [illegible] muchas veces [illegible] representante [illegible].

de la patria potestad, debe declarar ante el funcionario el nombre que ese padre o madre haya escogido. Si el presentante no indica ningún nombre, la imposición del mismo la hará el funcionario que inscribe la partida de nacimiento (C.C., art. [illegible]).

En el caso de hallazgo de recién nacidos, dejados en lugares públicos o privados, la ley dispone que en la partida correspondiente se indicará el nombre que se le haya puesto, pero no expresa quién debe hacerlo (C.C., art. [illegible]). Por analogía creemos que el presentante tiene la facultad de imponer el nombre, y que si no lo hace, debe hacerlo el funcionario que extiende la partida.

2° Determinación originaria del apellido

La determinación originaria del apellido ha sido regulada expresamente por [illegible] de [illegible] y normalmente deriva de la filiación.

A) [illegible] el primer apellido del padre y de la madre forman [illegible] los apellidos de los hijos, [illegible] que no obstante [illegible] general [illegible] texto está dictado para el caso de los hijos [illegible] matrimonio (C.C., art. [illegible]). El dispositivo [illegible] igualmente [illegible] los apellidos del padre o de la madre [illegible].

[illegible] apellidos [illegible] reconocidos por ambos progenitores, siempre que [illegible] posterior a la partida de nacimiento (C.C., art. [illegible] 2° disp., en concordancia en el art. [illegible]).

[illegible] Si la filiación ha sido establecida con posterioridad a la partida de nacimiento, el hijo podrá usar los nuevos apellidos (C.C., art. [illegible]) [illegible] que puede optar por conservar sus anteriores apellidos o realizar el cambio. Efectuado este [illegible] que [illegible] especialmente la ley es irrevocable. La decisión de optar por los nuevos apellidos corresponde al [illegible] en caso [illegible] lo comunicará al Servicio Nacional de Identificación [illegible] presentar el instrumento o sentencia en que conste la prueba de su filiación (C.C., art. [illegible] 2° disp.). Pero si el

[illegible] art. 237, único ap.)

[illegible] (C.C. art. 238)

[illegible] (C.C. art. 239, 1ª disp.) [illegible] (C.C. art. 239, 2ª disp.)

IV. Cambio de nombre

1° Cambio del nombre de pila

Nuestro Derecho [illegible] cambio de nombre de pila [illegible] del hecho de que el nombre fuera [illegible] vergonzoso [illegible] se tratara de un extranjero [illegible] Ya que en esta materia nuestra [illegible] a las personas el Derecho correspondiente [illegible]

[illegible]

domicilio (C.D. Int. Priv., art. 106). Pero de acuerdo con la Ley de Adopción (art. 53), a solicitud de adoptante o adoptantes, el Tribunal de la adopción podía acordar la modificación de nombre de pila del adoptado, siempre que llenaran ciertas condiciones. A partir de la vigencia de la L.O.P.N.A., la modificación podrá acordarla el Juez que conozca de la adopción a solicitud del adoptante, siempre que así lo acepte el adoptado si tiene 12 años o más. Si no alcanza dicha edad deberá sin embargo ser oído por el Juez (L.O.P.N.A., art. 430).

2º Cambio de apellido

En general, el cambio de apellido puede ocurrir por vía principal o por vía de consecuencia, según que se haya procedido con el fin primordial de obtener dicho cambio o que se haya realizado un acto jurídico que tiene otra finalidad principal, pero al cual la ley atribuye el efecto de producir cambio en el apellido de alguna persona.

[illegible] vol. XII, págs. 12-13).

A) *Cambio de apellido por vía principal.* En otras legislaciones se puede cambiar el apellido por vía principal mediante un procedimiento que en algunas es administrativo, en otras judicial y en otras mixto. Para ello se exige una causa justificada y se han considerado como tales el hecho de que el apellido sea ridículo o vergonzoso o extranjero, el hecho de que se quiera tomar como apellido un apellido famoso para evitar que se extinga, etc. Entre nosotros, en cambio, la regla era que no podía cambiarse por vía principal el apellido, salvo para los extranjeros cuya ley personal autorizara dicho cambio, caso en el cual procedía aplicar la ley extranjera correspondiente a su nacionalidad, mientras que actualmente a lo que se atiende es a la ley correspondiente al domicilio (L. Int. Pr., art. 16).

B) Cambio de apellido por vía de consecuencia. Por vía de consecuencia pueden producir cambio de apellido:

a) El reconocimiento voluntario o el establecimiento judicial de la filiación.

b) La adopción[8].

c) El desconocimiento [illegible] durante el matrimonio.

6 [illegible] sgtes.).

7 [illegible]

8 Derogada como fue [illegible] Ley [illegible] el adoptado [illegible] llevar el apellido del adoptante [illegible] (L.P.N.A., art. [illegible]).

d) La nulidad o la impugnación del reconocimiento de un hijo natural[9]

e) La extinción de la adopción[10]

3º El cambio de nombre en el Proyecto de Ley sobre el Nombre y la Protección de la Personalidad

El Proyecto arriba citado proponía la importante innovación de permitir el cambio total o parcial del nombre civil cuando existieran justos motivos (que se dejaban a la apreciación de la autoridad) y siempre que el cambio fuere autorizado por Resolución del Ministerio de Justicia. Para evitar que con ello pudieran lesionarse intereses legítimos de terceros se preveía la publicación de la solicitud de cambio de nombre y la concesión de un plazo para que quien tuviera interés legítimo en ello, pudiera hacer oposición antes de que se autorizara el cambio. La oposición, aun cuando debía interponerse ante el Ministerio de Justicia, daba origen a un juicio ordinario.

El procedimiento se simplificaba cuando el cambio se limitaba a traducir o adaptar fonética u ortográficamente al castellano el nombre civil de un extranjero que manifestara su voluntad de ser venezolano o solicitara carta de naturaleza y que, normalmente, en

9 [illegible] mentales, etc.)

10 [illegible] A partir del [illegible]

esa hipótesis no existe peligro de lesionar intereses legítimos de terceros.

---

11 Las disposiciones del Proyecto en la materia eran:
[illegible] terceros".
[illegible] dentro del plazo de diez días hábiles".
[illegible] regirán por las normas del juicio ordinario.
[illegible] Justicia autorizará el cambio de nombre civil.
[illegible] Gaceta Oficial de la República de Venezuela".
[illegible] que de dichas partidas se expidieren.
[illegible] que se dicte respecto de la manifestación o solicitud".
[illegible] no separado de cuerpos".
[illegible]

Pero conviene destacar que el hecho de que el Proyecto prevea el cambio de nombre civil no significa que en la actualidad sea posible ese cambio de nombre de pila ni de apellido por vía principal.

V. ADICIÓN DEL APELLIDO

Entre nosotros, es antigua costumbre la adición del apellido, es decir, la mujer casada que, en virtud de una [illegible] en la comunidad desde [illegible] agrega a su apellido la preposición de y el apellido del marido.

Aunque el [illegible] 1852 no tenga una disposición legal expresa que obligara a la mujer a hacer esta adición, se consideraba que si no lo hacía sin motivo justificado, era una falta contra el marido [illegible] grave, capaz de constituir causal de divorcio. A veces, se consideraba justificado que la mujer artista, escritora [illegible] conocida por su nombre de soltera no agregara el apellido del marido, por lo menos cuando [illegible] tales actividades.

Desde 1952, por lo menos para efectos de la inscripción electoral, por disposición legal expresa, el Código obliga a la mujer a agregar al suyo el apellido del marido.

[illegible] mujer casada puede usar el apellido del marido (C.C., art. 137, ap. 1º). La disposición [illegible] no es obligatorio [illegible] y añade en la segunda [illegible] que si no usa el apellido del marido no se considera en ningún caso como falta a los deberes que la ley impone por efecto del matrimonio (C.C., art. 137, 2º ap.).

En caso de viudez, y aun también en caso de divorcio, la mujer conserva el derecho de usar el apellido del difunto marido o ex marido mientras no contraiga nuevas nupcias (C.C., art. 137, ap. 1º y 2º), disposición que se aplica en el caso de que se disuelvan esas nuevas nupcias.

En caso de invalidación de matrimonio es evidente que si la mujer contrajo matrimonio de mala fe, pierde el derecho de conservar el apellido de su ex cónyuge (C.C., art. 12[illegible]), pero [illegible] aquella afirmación

[illegible] que tampoco conserva dicho derecho [illegible]

[illegible]

[illegible] el Proyecto de Ley sobre el Nombre y la Protección de la Personalidad[12]

VI. NATURALEZA JURÍDICA DEL NOMBRE DE LAS PERSONAS NATURALES

[illegible] de la naturaleza jurídica del nombre de las personas naturales pueden agruparse en teorías ius-publicistas y iusprivatistas.

1° *Teorías iuspublicistas* [illegible] el nombre es una institución [illegible] *a los particulares ningún derecho subjetivo*. Dentro de esta posición se encuentra [illegible] una institución de policía civil [illegible] a los particulares [illegible] un derecho, un deber.

12 [illegible] cuando la autorizara en forma auténtica para que [illegible]

Las teorías iuspublicistas tienen el mérito de destacar que en materia de nombre existen aspectos de deber y de intereses generales, y no sólo de derechos y de intereses privados.

2º *Teorías iusprivatistas.* Coinciden estas teorías al considerar que el nombre es el objeto de un derecho subjetivo, pero difieren al señalar la naturaleza de dicho derecho.

A) Algunos consideran que el nombre es objeto de un derecho de *propiedad*, con lo cual explican el carácter absoluto del derecho; pero la teoría resulta insostenible cuando se considera que el derecho al nombre, a diferencia del derecho de propiedad, no tiene carácter patrimonial, ni es prescriptible, ni es transferible.

B) Otros autores sostienen que el derecho al nombre es un derecho de la *personalidad*, lo que parece la opinión más acertada, siempre que se la complemente en el siguiente sentido:

a) Además del derecho al nombre, fundamentado en intereses particulares, existe el deber de usar el nombre, que nace de intereses colectivos.

b) El objeto del derecho de la personalidad que existe sobre el nombre es el nombre civil completo, sin que exista un derecho de la personalidad respecto de los distintos elementos del nombre considerados aisladamente.

c) Separadamente del derecho de la personalidad relativo al nombre civil completo, existe un derecho familiar sobre el apellido considerado aisladamente, que corresponde a todos los miembros de la familia (aunque no usen el apellido de que se trata).

d) Aunque no hay un derecho patrimonial específico en relación con el nombre, no es menos cierto que la lesión al derecho de la personalidad sobre el nombre civil completo o al derecho familiar sobre el apellido puede lesionar el patrimonio de la persona; en ese caso, ésta tiene un derecho de crédito contra el autor del daño, en virtud del cual éste deberá indemnizar a la víctima.

VII. Caracteres del nombre civil (completo)

1º *El nombre interesa al orden público.* En consecuencia, es necesario, indisponible e imprescriptible.

A) El nombre es *necesario* en el sentido de que toda persona debe tener y usar un nombre civil compuesto, por lo menos, por un nombre de pila y un apellido.

B) El nombre es *indisponible* en el sentido de que la voluntad de los particulares no puede crear, modificar, transmitir ni extinguir su nombre, salvo en la medida en que la ley, por excepción, le confiera tal poder.

a) La voluntad privada no puede determinar originariamente el nombre civil, salvo en cuanto a la facultad que la ley confiere al presentante para elegir el nombre de pila.

b) La voluntad privada no puede modificar el nombre civil de una persona sino indirectamente, en la medida en que la ley le da intervención a dicha voluntad en la realización de un supuesto de hecho que tenga por consecuencia el cambio de nombre de pila o de apellido o la adición de este último. De ahí que se diga que el nombre es inmodificable por voluntad privada.

c) La voluntad privada no puede transmitir el nombre civil: el nombre es intransferible, aunque indirectamente una persona puede comunicar su apellido en la medida en que la ley le da intervención en la realización de un supuesto de hecho que tenga por consecuencia tal comunicación de apellido.

d) La voluntad privada no puede extinguir el nombre de una persona, el cual es irrenunciable.

C) El nombre es imprescriptible, en el sentido de que ni se adquiere por usucapión ni se pierde por prescripción extintiva.

2. El derecho sobre el nombre es un *derecho absoluto, extrapatrimonial e inherente a la persona*.

A) El derecho sobre el nombre es un derecho absoluto, o sea *erga omnes*, ya que impone a todos la obligación de abstenerse de usar indebidamente el nombre de otra persona.

B) El derecho sobre el nombre es un derecho extrapatrimonial porque no es susceptible de ser apreciado en dinero, aunque, como se ha dicho, el mismo hecho que lesiona el derecho al nombre puede causar daños patrimoniales y hacer nacer un derecho de crédito (patrimonial) para la obtención de la indemnización correspondiente.

A) El nombre es *necesario* en el sentido de que toda persona [illegible] menos un nombre de pila y un apellido.

B) El nombre es *indisponible* en el sentido de que la voluntad de los particulares no puede [illegible] le confiera tal poder

a) La voluntad [illegible] al [illegible]

b) La voluntad privada [illegible] civil de [illegible]

c) La voluntad [illegible] el nombre civil el [illegible] por [illegible]

d) La voluntad privada no puede extinguir el nombre de una persona, el cual es irrenunciable.

C) El nombre es *imprescriptible* en el sentido de que [illegible]

2) El derecho sobre el nombre es un *derecho absoluto extrapatrimonial e inherente a la persona*

A) El derecho sobre el nombre es un derecho absoluto [illegible] *erga omnes* [illegible] de usar [illegible] el nombre de otra persona.

B) El derecho sobre el nombre es un derecho extrapatrimonial [illegible] correspondiente

c) El derecho sobre el nombre es un derecho inherente a la persona, ya que, en principio, nace con ella y [illegible].

Precisamente en razón de esos caracteres del derecho sobre el nombre se considera que este es uno de los derechos de la personalidad.

VIII. CONTENIDO DE LA PROTECCIÓN LEGAL DEL NOMBRE

[illegible] El derecho de la personalidad que cada quien tiene sobre su nombre [illegible] le confiere la facultad de usar dicho nombre con exclusividad. [illegible] protección de [illegible] derechos [illegible] acciones:

A) *La acción de reclamación del nombre*, por la cual el demandante [illegible] que se reconozca [illegible] su nombre [illegible] y que, en consecuencia, no se le perturbe en su uso.

B) *La acción de impugnación del nombre*, por la cual el demandante pide que se prohíba [illegible] el uso del [illegible]. En cuanto [illegible] del nombre deben [illegible] observaciones:

a) [illegible] del nombre [illegible] de los [illegible] personas [illegible] nombre, [illegible] un derecho [illegible] tiene [illegible] pretender que se prohíba [illegible] nombre. Sin embargo, la jurisprudencia [illegible] perjudica [illegible] ha impuesto el uso del segundo [illegible] para destruir la homonimia.

b) [illegible] nombre por otras personas [illegible] es [illegible] posible. Así, por ejemplo, [illegible] nombre para designar un producto [illegible] personaje [illegible] de una novela, siempre que [illegible] el producto o [illegible] la persona de cuyo nombre se trate. [illegible] del nombre a otra

[illegible] una persona determinada)

2° Independientemente [illegible]

3° Independientemente [illegible]

4° [illegible]

SEUDÓNIMO

I. Concepto

Seudónimo es [illegible]

II. Fines

Las personas suelen usar seudónimos:

1°) Para ocultar el nombre [illegible]

2°) Para ocultar [illegible]

13 [illegible] Protección de la Personalidad

III. CONTENIDO DEL DERECHO AL SEUDÓNIMO

El derecho al seudónimo consiste en la facultad de usarlo con exclusividad, siempre que se den dos condiciones: 1º) Que se use el seudónimo dentro de una esfera de la actividad donde no sea anormal el empleo de seudónimos[14]; y 2º) Que no se atente contra el derecho que tenga otra persona a su nombre, apellido o seudónimo.

Dentro de tales límites, la ley asegura: 1º) Que no se discuta el uso del seudónimo a quien corresponde; 2º) Que no se use indebidamente dicho seudónimo por parte de otra persona; y 3º) Que no se pueda manifestar públicamente contra la voluntad del interesado la relación que existe entre el seudónimo y el nombre o entre el seudónimo y la identidad, según se trate de nombres "reclamo" o de criptónimos, respectivamente[15].

IV. CARÁCTER DEL DERECHO AL SEUDÓNIMO

El derecho al seudónimo presenta los mismos caracteres que el derecho al nombre civil, salvo que no interesa al orden público.

V. ADQUISICIÓN DEL DERECHO AL SEUDÓNIMO

El derecho al seudónimo se adquiere por la voluntad del interesado.

Según la doctrina alemana, que asemeja el seudónimo a una creación del espíritu, el derecho al mismo se adquiere por el primer uso que se haga de él.

Según la doctrina francesa e italiana, que asemeja el seudónimo al nombre, el derecho al mismo se adquiere cuando por el uso prolongado ha llegado a adquirir la importancia de un nombre.

14 El Proyecto [illegible] cuando [illegible] exigiera la [illegible] de una persona [illegible] sobrenombre [illegible] en forma de que no [illegible] (art. 7º).

15 El Proyecto dispone que el seudónimo usado de manera que haya adquirido la importancia de un nombre gozará de la protección jurídica de éste en cuanto fuera aplicable (art. 9º).

Entre nosotros, aunque no hay disposición legal que favorezca ninguna de las dos teorías, suele mantenerse la segunda[16].

SOBRENOMBRE

El sobrenombre es un agregado que integra el nombre, aunque a veces puede usarse separadamente como si fuera un nombre de pila. [illegible] Su importancia jurídica es muy escasa.

IDENTIFICACIÓN

I. CONCEPTO

[illegible] de la identidad. Si la identidad de una persona consiste en el hecho de ser ella misma y no otra, la identificación de una persona consiste en poder precisar [illegible].

II. INTERÉS JURÍDICO DE IDENTIFICACIÓN

1° Interés general

De manera general, la identificación de las personas interesa al Derecho porque se requiere poder determinar quién es cada uno de los individuos de la especie humana en orden a precisar quiénes son los titulares concretos de cada derecho y de cada deber.

2° Hipótesis especiales

El interés de la identificación se pone de manifiesto especialmente en tres casos.

A. Cuando hay *simulación de identidad*, o sea, cuando una persona para ocultar su identidad se atribuye una [illegible]

16 El Proyecto la acogía en su artículo 9º.

es la propia, lo cual puede hacerse con fines lícitos o ilícitos; cuando se persiguen fines lícitos se suele adoptar una identidad imaginaria y viceversa, cuando se persiguen fines ilícitos se suele adoptar la identidad de una persona real. Entre los medios para simular la identidad se encuentran la usurpación de nombres, el uso de nombres falsos y el empleo de documentos de identificación falsificados o ajenos.

B. Cuando hay *ocultación o disimulación de la identidad* o sea cuando una persona oculta su identidad sin atribuirse otra, con lo cual puede perseguir fines lícitos o ilícitos. Entre los medios más frecuentes de disimulación de la identidad están el uso de disfraz y la modificación de sus rasgos fisonómicos. En la práctica la disimulación de la identidad suele conducir a una [illegible] de la misma.

C. Cuando los terceros, por error, erradamente atribuyen al sujeto una *identidad falsa*.

III. Carácter problemático de la identificación

La identificación no siempre es problemática. En el fondo, la comunidad [illegible] que le atribuyen a las personas desde su nacimiento o desde un momento posterior, la propia [illegible] uso de tal [illegible] dicho [illegible] pueda ser falso. [illegible] para los terceros, si no tienen una razón especial para negarlo, es dable aceptar la identidad que el sujeto se atribuye.

Así el sujeto es [illegible] para él mismo el que le han dicho que es y para los demás el que dice ser. Normalmente esta situación corresponde a la realidad, pero no siempre es así.

IV. Intervención del Estado

Dada la importancia general de la identificación personal y su carácter problemático se comprende que la ley haya impuesto la obligatoriedad de la identificación de las personas naturales y atribuido al Estado la función de garantizar que todos los ciudadanos sean debidamente identificados (Ley Orgánica de Identificación, art. 2). Las instituciones [illegible] que tratan de hacer más fácil y segura

esta labor son fundamentalmente el Registro Civil y la identificación personal (propiamente dicha).

El Registro Civil constata la aparición de las nuevas personas y sus alteraciones y desaparición mediante los actos correspondientes que determinan a la persona a que se refieren de modo que no se confunda con otras personas. La identificación personal trata de proveer a cada persona de un instrumento adecuado para que pueda demostrar que es la misma a la que se refiere una determinada partida del Estado Civil.

V. Medios de identificación personal

1° Sistema fundamental

En nuestro Derecho el sistema fundamental de identificación se basa en medios documentales (documentos que prueban la identidad), aunque, claro, existen también medios de identificación no documentales.

Los medios fundamentales de identificación varían según la nacionalidad de la persona que se va a identificar y el lugar donde la identificación debe surtir efectos, así:

A) Si debe identificarse al venezolano en el país se recurre a la Cédula de Identidad;

B) Si debe identificarse al venezolano en el exterior se recurre al Pasaporte;

C) Si se debe identificar al extranjero que no se encuentra en el país se recurre a los medios de identificación previstos en su ley, y

D) Si debe identificarse al extranjero que se encuentra en el país se recurre a diversos documentos, entre los cuales están las cédulas para extranjeros previstas en nuestra Ley.

En Derecho Administrativo se estudia en detalle esta materia.

2° Sistemas de la Ley de Registro Publico

A los efectos de otorgar documentos en el Registro Público, las personas deberán identificarse mediante su Cédula de Identidad, pero cuando por razón de la urgencia o de cualquier otro motivo justificado a juicio del registrador ello no fuere posible, el funcionario dará fe de que conoce al otorgante si este fuere el caso y si no, su identidad podrá comprobarse con otros medios expresamente previstos por la ley de la materia: Cédula de Inscripción Electoral, Tarjeta de Identidad Postal, Pasaporte expedido por autoridades venezolanas, Libreta Militar de Conscripción, certificación expedida por la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio en que tenga su domicilio el otorgante, y si no fuere posible de otra manera, mediante declaración de dos testigos (Ley de Registro Público, art. 90); con la advertencia de que la admisión de estos medios de prueba queda siempre al juicio del respectivo Registrador[17].

3° Otros medios de identificación

Además de los medios documentales de identificación que se utilizan como regla general y a los efectos de la Ley de Registro Público, existen medios no documentales de gran interés a otros efectos, tales como las huellas dactilares, el reconocimiento por testigos de una persona entre varias [illegible] fisonómicas, etc. Varios de esos medios se estudian en Medicina Legal.

17 Acuerdo de la Sala de Casación de 25-IX-1952 (Gac. For., 2ª etapa, número 11, pág. 167).

Capítulo XIV
SEDE JURIDICA DE LAS PERSONAS NATURALES

Domicilio. Domicilio general. Domicilios especiales.
Residencia. Habitación.

[illegible]

DOMICILIO

I. Concepto de domicilio

[illegible] *domus* [illegible] *el concepto técnico de domicilio expresado en el Código Civil* [illegible]

[illegible]

1 [illegible]

2 [illegible] 1942 modificaron el texto correspondiente

en virtud de una relación entre persona y lugar, relación que puede ser calificada como jurídica en el sentido de que produce efectos jurídicos.

2º El lugar que la ley califica como domicilio de una persona es aquel donde ésta tiene el asiento principal de sus negocios e intereses".

Así como la ley habla de asiento *principal* debe concluirse que cada persona no tiene sino un domicilio y que si tiene negocios e intereses con diversos asientos, el domicilio es sólo el lugar donde se encuentra el asiento principal del conjunto de negocios e intereses de la persona, o sea su asiento principal.

B. Los negocios e intereses cuyo asiento principal determinan el domicilio son los negocios e intereses *de toda índole*. En consecuencia, para determinar el domicilio de una persona no sólo es necesario atender al lugar donde habita, sino al lugar donde ejerce su profesión u oficio, donde tienen asiento sus afectos familiares y en general, donde están ubicados todos los intereses morales y materiales que pudiera tener. Si bien de ordinario el domicilio coincide con la residencia, ésta no es sino un importante elemento de juicio para determinar el domicilio.

3. [illegible] muchos autores [illegible] 27 del Código Civil *menciona el concepto de domicilio general*, lo que explica que las observaciones hechas bajo 2 *no sean aplicables a los domicilios especiales*.

II. CLASES DE DOMICILIO

Existen varias clasificaciones, pero nos limitaremos a exponer las dos principales:

1º Por sus *efectos*, el domicilio puede ser especial o general. *Domicilio especial* es el que la ley considera como domicilio para uno o más efectos singularmente determinados; *domicilio general* es el que la ley considera como domicilio para todos los efectos

5 [illegible] J.T.R. vol. IV, Tomo I, p. 556

respecto de los cuales no [illegible] una norma especial que establezca otro distinto.

2. Por su *determinación* [illegible]

[illegible]

III. Importancia práctica

1. [illegible]

A) [illegible]

B) [illegible]

[illegible]

del domicilio del demandado o en el lugar donde se haya celebrado el contrato, caso de hallarse allí el demandado (C.P.C., art. 42).

C) En el domicilio se centralizan también aquellas cuestiones judiciales contenciosas y no contenciosas que interesan en general a la persona o a su patrimonio. Así, por ejemplo, toda cuestión judicial relativa a una sucesión se ventila ante el Tribunal del lugar de la apertura de la sucesión, que es el último domicilio del difunto (C.P.C., art. 43 y 51); en la cesión de bienes (C.P.C., art. 790) y en la quiebra, que son juicios universales, conocen los tribunales del domicilio del deudor.

D) Se centralizan también en el domicilio de la sociedad las demandas entre socios, sin perjuicio de que las mismas puedan proponerse ante la autoridad judicial del domicilio del demandado (C.P.C., art. 44).

2º Desde otro punto de vista, la determinación del domicilio interesa porque el demandante no domiciliado en Venezuela debe afianzar el pago de lo que pudiere ser juzgado y sentenciado, a no ser que posea en el país bienes en cantidad suficiente y salvo lo que dispongan las leyes especiales (C.C., art. 36). Con esta caución, llamada *judicatum solvi*, se pretende proteger al demandado. Caso contrario, el demandado se encontraría en la injusta situación de que si pierde el juicio el demandante, puede no cobrar la sentencia sobre sus bienes, [illegible] ejecutar los bienes del demandante.

3º También desde el punto de vista procesal es muy interesante la determinación del domicilio a los efectos de la citación del demandado para la contestación de la demanda.

4º También interesa la determinación del domicilio de las personas en materia de ausencia, ya que para presumir ausente (en sentido técnico) a alguien es necesario demostrar que ha desaparecido de su último domicilio o de su última residencia y que no haya tenido noticias de él (C.C., art. 418).

5º En materia del Derecho de las Obligaciones también interesa el domicilio, por cuanto, salvo disposición legal o pacto en contrario, el lugar del pago de las obligaciones es el domicilio del deudor (C.C., art. 1.295).

DOMICILIO GENERAL

I. [illegible] domicilio general)

[illegible] fijeza, necesidad y unidad.

1. *Fijeza* [illegible] es la sede [illegible] de habitación o residencia.

2. *Necesidad* [illegible] personas que [illegible] 1º).

3. *Unidad* [illegible] del B.G.B. [illegible] general [illegible] (C.C. art. 28).

II. DETERMINACIÓN DE DOMICILIO GENERAL

[illegible] general [illegible] trate de domicilio general legal [illegible].

5 [illegible]
(J.T.R., vol. IV, tomo I, pp. 556-557).

1° Determinacion del domicilio general legal

[illegible]

[illegible] la norma (derogada) de que

[illegible] otro" (C.C. art. 33, encab.)

[illegible]

[illegible] casada no tiene domicilio legal.

[illegible]

forma Parcial, como consecuencia de las innovaciones que introdujo en materia de matrimonio y patria potestad, estableció que:

> El menor no emancipado tendrá como domicilio el del padre y la madre que ejerzan la patria potestad. [illegible] (C.C. art. 33, apartes 2 y 3).

B) *Domicilio legal del entredicho*. "El entredicho tiene el domicilio de su tutor" (C.C. art. 33, ap. últ.). A este propósito debe señalarse que la norma alcanza a todos los entredichos, tanto a los entredichos por defecto intelectual como los entredichos por condena penal; pero no a los inhabilitados cuyo domicilio general es voluntario.

C) *Domicilio de los sirvientes o dependientes*. "Se presume que los sirvientes y dependientes que viven habitualmente en la casa de la persona a quien sirven, tienen el mismo domicilio que ésta, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior" (C.C. art. 34).

a) Para que proceda la presunción de referencia es necesario, pues:

a') Que se trate de dependientes o sirvientes. Dependiente es quien presta sus servicios a otro en una relación de subordinación. Sirviente es quien presta servicios domésticos. Como se comprende, "sirviente" es una especie del género "dependiente".

b') Que el dependiente o sirviente viva habitualmente en la casa de la persona a quien sirve. Debe destacarse aquí las notas de tiempo y lugar (*habitualmente* y *en la casa*). Respecto a este último supuesto, la jurisprudencia francesa es liberal pues no exige que se viva "bajo el mismo techo", sino que también aplica la presunción cuando el dependiente o sirviente vive en una dependencia contigua a la casa.

c') Que el dependiente o sirviente no tenga domicilio legal, ya que entonces no se aplica la presunción citada sino la norma que le señala domicilio legal.

b) Si se examina cuidadosamente la disposición de que tratamos se concluirá que no señala un domicilio legal a los dependientes y

sirvientes, sino que se limita a establecer una presunción *iuris tantum* de cuál es su domicilio voluntario.

2° Determinación del domicilio general voluntario o libre

El domicilio general de quienes no tienen domicilio general legal es el domicilio general voluntario o libre, o sea, el lugar donde, por escogencia suya, tienen realmente el asiento principal de sus negocios e intereses. Debe destacarse que el domicilio general voluntario o libre es voluntario sólo en el sentido de que la ley permite a la persona escoger dónde tiene el asiento principal de sus negocios e intereses, pero no en el sentido de que baste con la escogencia. Vale pues decir, que si la persona no tiene en el lugar escogido el asiento principal de sus negocios e intereses, no será ese su domicilio[7].

El domicilio general voluntario puede determinarse en forma directa o indirecta.

A) *Determinación directa*. Para la determinación directa del domicilio voluntario se examina el asiento efectivo de los negocios e intereses de la persona, para concluir que su domicilio es el lugar donde se encuentran todos sus negocios e intereses, si es que tienen un asiento común, o, en caso contrario, el lugar donde están localizados los negocios e intereses de la persona que en su conjunto deban considerarse como más importantes que los negocios e intereses de la misma que tiene en otros lugares.

Como se ha indicado *supra*, deben tomarse en cuenta todos los negocios e intereses de quien se trate. A título ejemplificativo se pueden mencionar ciertos hechos que permiten determinar el lugar donde habita la persona, esto es, [illegible] la permanencia y continuidad de la habitación en ese lugar [illegible] y de su [illegible] el lugar donde se encuentran situados los [illegible]

---

7 [illegible] J.T.R., vol. IV, tomo I, p. 557)

b) Aquella persona a la que corresponde un domicilio legal que antes no tenía por ser una persona emancipada o mayor de edad, puede cambiar de domicilio si se la declara entredicho(a).

c) Aquella persona adquiera un domicilio voluntario que no tenía, ya que antes tenía otro domicilio voluntario o un domicilio legal, lo que puede suceder sin el concurso de la voluntad de aquella persona.

Los dos primeros casos no interesan a la determinación del domicilio voluntario porque en ambos el nuevo domicilio de la persona es un domicilio legal. En cambio, el tercer caso sí interesa a la determinación del, porque el nuevo domicilio de la persona es un domicilio voluntario. A su vez, como el cambio de domicilio se suele estudiar a propósito de la determinación del domicilio voluntario, se explica que los autores al tratar del cambio de domicilio no estudien en [illegible] sino ese tercer caso, o sea, el cambio voluntario de domicilio. Por esta misma razón, la expresión "cambio de domicilio" se utiliza casi siempre como sinónimo de "cambio voluntario de domicilio".

b) El cambio voluntario de domicilio

a) Noción. [illegible] El cambio voluntario del domicilio de una persona se [illegible] lugar [illegible] para [illegible] o [illegible] su profesión u oficio (C.C. art. 29 [illegible]). Esta norma [illegible] dos maneras [illegible] traslada el asiento principal de sus negocios e intereses o [illegible] lugar [illegible] profesión u oficio. [illegible] no es [illegible] el lugar donde se encuentre el asiento principal de los negocios e intereses de una persona (C.C. art. 27), el cambio de domicilio solo puede realizarse mediante el cambio de dicho asiento.

b) Elementos del cambio voluntario de domicilio. El cambio voluntario de domicilio [illegible]. El cambio voluntario de domicilio supone [illegible] elementos: uno subjetivo o intencional, que es la voluntad de trasladar el asiento principal de los negocios e intereses, y [illegible] que se trata de adquirir un domicilio voluntario que no se tenía; y otro objetivo o material, que es el traslado efectivo de [illegible] asiento, [illegible] en el nuevo lugar [illegible]

puede ser el domicilio de la persona conforme a la definición del artículo 27 del Código Civil.

[illegible] del [illegible] "el cambio de domicilio se probará con la declaración que se haga ante las Municipalidades a que correspondan [illegible] el lugar que se deja como el de su nuevo domicilio. A falta de declaración expresa, la prueba deberá resultar de hechos o circunstancias que demuestren el cambio" (C.C. art. 23, 2º y 3º d.).

En consecuencia, la prueba por excelencia del cambio de domicilio, de acuerdo con la ley, es la declaración [illegible] mencionada. [illegible]

[illegible] sent. de 6-6-V-1969 J.T.R., vol. XVII, p. 157).

efectos del domicilio en favor de los terceros (no del propio sujeto) no sólo al verdadero domicilio general sino también al domicilio o a los domicilios aparentes.

Sin embargo, no creemos que dicha jurisprudencia sea aplicable entre nosotros.

DOMICILIOS ESPECIALES

I. Enumeración

En otros Derechos existen diversos domicilios especiales, tales como domicilios electorales, asistenciales, de elección, etc. En el nuestro existen, por lo menos, tres especiales: el domicilio de elección, el domicilio del delegado y el domicilio conyugal.

II. Domicilio de elección

1° Introducción

De acuerdo con la ley, se puede elegir un domicilio especial para ciertos asuntos o actos, requiriéndose que la elección conste por escrito (C.C. art. 32).

2° Interés práctico

Con la elección de domicilio se atribuye competencia a los tribunales de un determinado lugar para conocer de las acciones relacionadas con el acto o asunto para el cual se elige el domicilio. Ello, en cierto modo, beneficia a ambas partes, ya que les permite intentar su acción ante los tribunales determinados sin necesidad de indagar cuál es el domicilio actual de la otra parte y sin temor de que se les pueda oponer eficazmente la incompetencia del tribunal; pero en la mayoría de los casos se persigue fundamentalmente el beneficio de una de las partes eligiendo como domicilio especial su domicilio actual. Este beneficio a veces constituye casi una necesidad para empresas que contratan con muchas personas de diversos domicilios y a las que, por tanto, resultaría demasiado oneroso tener an

tener una organización adecuada para poder demandar a los clientes que dejaran de pagar a cada uno en su domicilio.

3° Naturaleza del domicilio elegido

Dada la definición legal de domicilio (C.C., art. 27), el domicilio de elección no es propiamente un domicilio. La elección de domicilio es más bien una derogación convencional, para ciertos actos o asuntos, de las normas legales relativas a la competencia judicial por razón del territorio, como claramente lo expresa el Código de Procedimiento Civil, y por ello no puede efectuarse cuando se trate de causas en que deba intervenir el Ministerio Público, ni en cualquier otra en que la ley expresamente lo determine (C.P.C., art. 47).

4° Condiciones de validez de la elección de domicilio

Para que la elección sea válida debe reunir, además de las condiciones generales de validez de los actos jurídicos, dos condiciones especiales.

A) *Que conste por escrito* (C.C., art. 32), razón por la cual es inaplicable en estos casos la teoría del fraude sobre la elección tácita del domicilio; y

B) *Que la causa no sea de aquellas en que deba intervenir el Ministerio Público ni en ninguna otra en que expresamente la ley lo determine*. Así, por ejemplo, no será válido elegir como domicilio, para los efectos del divorcio, un lugar situado fuera de Venezuela[1].

---

1 [illegible]

5° Efectos de la elección de domicilio

En principio, los efectos de la elección de domicilio dependen de la voluntad de las partes, quienes pueden hacerlos más o menos amplios.

A. [illegible] impugnado.

B. [illegible] excluye la [illegible]

C. [illegible]

6° Elección de domicilio y renuncia de domicilio

[illegible] 46).

12 [illegible] (J.T.R., vol. XXI, pp. 321-326).

III. DOMICILIO CONYUGAL

1º Introducción

[illegible] conyugal de ambos.

2º Interés práctico

[illegible]

Por otra parte, si los cónyuges no tienen residencias separadas [illegible]

3° Determinación

[illegible] de la celebración del matrimonio.

RESIDENCIA

I. Concepto

Residencia [illegible] principal de sus negocios e intereses.

[illegible] temporal de la misma.

II. Efectos

Independientemente de sus efectos en [illegible] Derecho Público, la residencia tiene trascendencia en [illegible] Derecho Privado, sobre todo [illegible] respecto de las personas que no tienen [illegible] parte (C.C. art. 31).

La residencia tiene [illegible] importancia decisiva en algunas materias [illegible]

[illegible]

HABITACION, MORADA, PERMANENCIA O PARADERO

I. Concepto

[illegible] jurídica menos estable

II. Efectos

El paradero [illegible]

1. [illegible]

2. [illegible] renunciado a su domicilio (C.P.C., art. 81)

Capítulo XV
CAPACIDAD

Concepto de capacidad. Clasificación de la capacidad. Principios que rigen la capacidad. Incapacidades de goce. Incapacidades de ejercicio. Incapacidad natural e incapacidad legal. Incapacidad de protección y de defensa social. Regímenes de incapaces. Incapacidad y potestad.

CONCEPTO DE CAPACIDAD

La voz capacidad deriva del latín [illegible] y significa las cosas de contener o ser contenido. En su sentido ordinario, capacidad es la [illegible]. En virtud de [illegible] tener significado fuera del campo de los fenómenos físicos y en particular en el mundo jurídico. Así, capacidad en Derecho es la medida de la aptitud de las personas en relación con los derechos y deberes jurídicos.

CLASIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD

La principal clasificación de la capacidad es la que distingue entre capacidad jurídica o de goce, por una parte, y por la otra capacidad de ejercicio o de obrar.

1. Doctrina tradicional

1º Tesis

La doctrina tradicional divide la capacidad en capacidad de goce y en capacidad de ejercicio o de disfrute. Define la capacidad de goce como la aptitud para tener derechos o como la aptitud para adquirir derechos o como la aptitud para tener y adquirir derechos; y define la capacidad de ejercicio o de disfrute como la capacidad para ejercer personalmente los derechos que se tienen.

Dentro de esta doctrina tradicional se emplea con frecuencia por antonomasia la palabra capacidad en el sentido de capacidad de ejercicio o de disfrute, de modo que cuando se habla de capacidad o incapacidad en la inmensa mayoría de los casos debe entenderse que se habla de capacidad de ejercicio o de disfrute.

[illegible] de capacidad de ejercicio y la noción de poder, señalando que la primera es la aptitud de la persona para ejercer por sí sus propios derechos, mientras que la segunda es la aptitud para ejercer derechos ajenos.

2º Crítica

La doctrina tradicional ha sido objeto de diversas críticas:

A) La terminología empleada es confusa, ya que se contraponen los términos capacidad de goce y capacidad de disfrute o ejercicio cuando las palabras goce y disfrute son prácticamente sinónimas.

B) La noción de capacidad no sólo debe referirse a los derechos sino también a los deberes jurídicos.

C) En materia de capacidad de ejercicio lo decisivo no es la facultad de ejercer personalmente los propios derechos o de cumplir personalmente los propios deberes, sino la facultad de realizar actos de voluntad que produzcan en cabeza propia plenos efectos jurídicos. En efecto, personas que todos consideran privadas de capacidad de ejercicio pueden ejercer personalmente derechos propios (así, p. ej., el niño de corta edad que diariamente entra en la casa de su propiedad está evidentemente ejerciendo en forma personal su derecho de propiedad).

3° Moderna doctrina francesa

[illegible]

II. Doctrina germánica

1° Tesis

[illegible]

[illegible]

la aptitud de celebrar en nombre propio negocios jurídicos válidos[2,3] y la capacidad de delito o de imputación, o sea, la aptitud para quedar obligado por los propios hechos ilícitos. Además, aunque no sea de Derecho Privado, debe señalarse la capacidad procesal, o sea, la aptitud para realizar actos procesales válidos[4].

2 Se entiende por negocio jurídico [illegible] efecto calificado de efecto querido. [illegible] autentico, etc.) [illegible] actos que no son negocios jurídicos, [illegible]

3 En realidad no existe entre nosotros [illegible]

4 Aun cuando el Derecho Procesal [illegible]

Como se observará, esta teoría y la doctrina francesa moderna son muy semejantes. Las nociones francesas de capacidad de goce, de capacidad de ejercicio y de capacidad delictual coinciden con las nociones germánicas de capacidad legal o jurídica, de capacidad negocial y de capacidad delictual o de imputación. Subsisten, sin embargo, diferencias de terminología y se nota la falta dentro de la doctrina francesa de un concepto que, como el de la capacidad de obrar, comprenda tanto la capacidad de ejercicio o negocial, como la capacidad delictual.

2° Crítica

Si se admite la definición germánica de capacidad jurídica o legal (que es igual a la francesa de capacidad de goce), ésta vendría a confundirse con la personalidad, tal como lo han destacado expresamente algunos autores; pero parece más exacto distinguir ambos conceptos definiendo la personalidad como la aptitud para ser titular de derechos o deberes y la capacidad jurídica, legal o de goce, como la medida de la aptitud para ser titular de derechos o deberes. Esta observación nos lleva a modificar correlativamente todas las demás definiciones de capacidad, presentándolas no ya como aptitudes, sino como medidas de aptitud, respectivamente. En realidad, la capacidad es siempre una noción cuantitativa.

III. CONCLUSIÓN

Así, en conclusión, la capacidad se divide en **capacidad de goce**, legal o jurídica, que es la medida de la aptitud para ser titular de derechos o deberes, y capacidad de obrar, que es la medida de la aptitud para obtener por sí efectos jurídicos mediante actos de la propia voluntad. A su vez, la capacidad de obrar se subdivide, entre otras, en capacidad negocial o de ejercicio, que es la medida de la aptitud para realizar en nombre propio negocios jurídicos válidos; capacidad delictual o de imputación, que es la medida de la aptitud para quedar obligado por los propios hechos ilícitos, y capacidad procesal, que es la medida de la aptitud para realizar actos procesales válidos.

PRINCIPIOS QUE RIGEN LA CAPACIDAD

En materia de capacidad pueden formularse los siguientes principios:

1. Es imposible que una persona (en sentido jurídico, o sea una persona natural o jurídica) carezca totalmente de capacidad jurídica o capacidad de goce. Como es sabido, en el Derecho Contemporáneo todos los individuos de la especie humana son personas y no existe ninguno de ellos [illegible] que carezca totalmente de capacidad de goce.

2. La capacidad de obrar presupone la capacidad de goce porque no se puede producir por sí efectos jurídicos [illegible] que no puede [illegible] acto está llamado a producir.

3. En cambio, la capacidad de goce no presupone la capacidad de obrar [illegible] parecen [illegible].

Las normas que rigen la capacidad de goce y la capacidad de obrar son profundamente distintas. Por ejemplo, puede constatarse que:

A) Si bien no puede haber incapacidades generales de goce, existen incapacidades generales de obrar.

B) El número de personas afectadas por incapacidades de obrar es mucho mayor que el número de personas a quienes afectan incapacidades especiales de goce.

C) Mientras la incapacidad de goce no puede remediarse, la incapacidad de obrar, en buena parte, es subsanable, como se verá *infra*.

4. Las normas que rigen la capacidad de goce son profundamente distintas de las que rigen la capacidad delictual. En efecto, el legislador considera, con razón, que se necesita tener mayor discernimiento y experiencia de la vida para permitir a la persona celebrar negocios jurídicos, muchas veces complejos y de riesgo, de lo que se necesita para exigirle responsabilidad por sus hechos ilícitos. De allí que las incapacidades negociales afecten a mayor número de personas que las incapacidades delictuales.

La capacidad es la regla; la incapacidad, la excepción. De aquí se han deducido tres consecuencias:

A) No hay incapacidad sin texto legal que la establezca;

B) Las normas que establecen incapacidades son de interpretación restrictiva, y

C) Quien alega una incapacidad –propia o ajena– tiene la carga de probarla.

Respecto de las dos primeras deducciones debe advertirse que, [illegible] criterios generalmente aceptados, no deben extremarse porque pueden [illegible] absurdos.

INCAPACIDADES DE GOCE

[illegible] la noción de capacidad de goce y la idea de que la incapacidad es la [illegible], conviene examinar las principales incapacidades de goce en nuestro Derecho Civil, [illegible] correspondiente [illegible] cada una.

1. INCAPACIDADES PARA SUCEDER AB INTESTATO[5]

1. Son incapaces para suceder *ab intestato*, cualquiera que sea la persona [illegible]:

A) Los que en el momento de la apertura de la sucesión no estén todavía concebidos (C.C., art. 809, ord. 1º).

B) Los que no hayan nacido vivos (C.C., art. 809, ord. 2º).

2. Son incapaces para suceder *ab intestato* a determinadas personas [illegible] (C.C., art. 810); [illegible] que hayan sido [illegible] en la forma legal (C.C., art. 811); y en [illegible], la indignidad de [illegible] los ascendientes para recibir la herencia de una persona no perjudica a los hijos o descendientes para recibir dicha herencia (C.C., art. 813).

5 [illegible] *ab intestato* [illegible] *ab intestato* [illegible] intestato.

II. INCAPACIDADES PARA RECIBIR POR TESTAMENTO

1. Son incapaces de recibir por testamento de cualquier persona [illegible] los mismos que son incapaces para suceder *ab intestato*, con la excepción de que pueden recibir por testamento los hijos de una determinada persona que viva en el momento de la muerte del testador, aunque no estén concebidos todavía (C.C. art. 840).

2. Son incapaces de heredar por testamento:

A) Las iglesias de cualquier credo (C.C. art. 841, ord. 1º).

B) Los institutos de manos muertas (C.C. art. 841, ord. 1º) o sea, los que por leyes o reglamentos [illegible] no pueden enajenar sus bienes [illegible] (C.C. art. [illegible] primer aparte).

C) Los ordenados *in sacris* y los ministros de cualquier culto, a menos que [illegible] parientes consanguíneos dentro del cuarto grado [illegible] del testador (C.C. art. 841, ord. 2º)[6].

3. Son incapaces de recibir por testamento respecto de determinadas personas, los indignos [illegible] en los casos previstos en los artículos [illegible] que en este caso se trata más bien de [illegible] 846, 847 y 848 del Código Civil.

III. INCAPACIDADES PARA RECIBIR POR DONACIÓN

Son incapaces para recibir por donación las personas incapaces para recibir por testamento (C.C. art. 1.[illegible]).

6 La Facultad de Derecho de la Universidad [illegible] [illegible]

7 [illegible]

IV. Incapacidades para adquirir bienes inmuebles

Son incapaces para adquirir bienes inmuebles los institutos llamados de manos muertas (C.C. art. 1.130 y ord. 1° del art. 841).

V. Incapacidades en materia de ventas

1° Son incapaces para vender y comprar entre sí marido y mujer (C.C. art. 1.481) y,

2° Son incapaces para comprar las personas señaladas en el artículo 1.482 del Código Civil.

VI. Incapacidades por razón de la tutela

Los tutores y protutores son incapaces para comprar bienes del pupilo, tomarlos en arrendamiento, hacerse cesionario de créditos o derechos contra él, y para adquirir los bienes del mismo que hubieren empeñado. Esta norma dictada para la tutela que el Código Civil llama tutela de menores (C.C. art. 370) se aplica también a la tutela de entredichos (C.C. arts. 397 y 408).

INCAPACIDADES DE OBRAR

Las principales incapacidades de obrar, cuyos alcances serán analizados en capítulos posteriores, son los siguientes:

I. En materia negocial son incapaces, en mayor o menor grado, los llamados menores que la LOPNA denomina niños y adolescentes, los entredichos y los inhabilitados. Estos son los "incapaces" por antonomasia.

II. En materia delictual son incapaces las personas privadas de discernimiento (en el momento de cometer el hecho ilícito) como se infiere del artículo 1.186 del Código Civil. Sin embargo, en caso

[illegible] las personas jurídicas de la Iglesia (Arquidiócesis, Diócesis, Parroquias, Cabildos, etc.) [illegible] por testamento [illegible] convenio entre la Santa Sede y la República de Venezuela [illegible] por testamento [illegible]

de daño causado por las personas privadas de discernimiento, los jueces pueden condenar a éstas a pagar una indemnización equitativa si la víctima no ha podido obtener reparación de quien las tiene bajo su cuidado (C.C. art. 1.187).

INCAPACIDAD NATURAL Y CIVIL

Es frecuente subclasificar la incapacidad de obrar en incapacidad natural e incapacidad civil.

La incapacidad natural es la que deriva de la propia naturaleza y que por eso debe ser reconocida por la ley, si bien puede ser impuesta (p. ej. la incapacidad [illegible] etc.).

La incapacidad civil es la que establece la ley.

En general [illegible] a veces ciertas personas afectadas de incapacidad natural no están afectadas de [illegible] y viceversa [illegible]. Por lo demás, la ley establece una incapacidad para cierta clase de personas [illegible] incapacidad natural.

INCAPACIDADES DE PROTECCIÓN Y DE DEFENSA SOCIAL

Desde otro punto de vista, las incapacidades de obrar en particular, las incapacidades negociales, se dividen también en incapacidades de protección y de defensa social.

Incapacidad de protección es la que se establece en beneficio directo de los intereses del incapaz. Constituye una protección contra su falta de desarrollo o el desarrollo anormal de sus facultades mentales o su inexperiencia.

Incapacidad de defensa social es la que primordialmente se establece no en protección del incapaz sino por necesidades colectivas.

En nuestro Derecho todas las incapacidades negociales, salvo aquella que afecta a los condenados por condena penal, son incapacidades de protección, mientras que ésta es de defensa social.

REGÍMENES DE INCAPACES

Si se considera que los incapaces (niños y adolescentes —antes llamados menores—, interdictos e inhabilitados) están afectados por incapacidades negociales muy extensas, se comprenderá que la ley no puede limitarse a declararlos incapaces, sino que debe también establecer la manera de que se puedan realizar negocios jurídicos válidos que produzcan efectos respecto de ellos y de otras personas. A tal efecto, la ley establece la intervención de personas distintas del incapaz en la celebración de los negocios jurídicos que afecten al mismo. La reglamentación de tal intervención es lo que se llama régimen del incapaz.

Los regímenes de incapaces pueden reducirse a dos categorías:

I. Los regímenes de representación, en los que la persona que interviene sustituye al incapaz, de modo que realiza negocios jurídicos en nombre del incapaz, sin que éste intervenga en la celebración de los mismos.

II. Los regímenes de asistencia y autorización, en los cuales la persona que interviene no sustituye al incapaz en la celebración de sus negocios, sino que lo asiste o le da su consentimiento, pues es el incapaz el que los celebra. Cuando para la validez del acto se requiere la actuación conjunta del incapaz y de la persona que lo protege, se habla de asistencia. En cambio, si el protector sólo tiene la facultad de aprobar o reprobar los negocios jurídicos que se propone celebrar el incapaz, se habla de autorización.

Cuando para subsanar una incapacidad se requiere de representación, se dice que la incapacidad es plena, y que es limitada cuando basta asistencia o autorización.

INCAPACIDAD Y POTESTAD

A veces la incapacidad y el régimen de incapaces al cual la ley somete a una persona no bastan para asegurarle la protección que

necesita. En efecto, esos medios jurídicos sólo protegen a los incapaces en la esfera de los negocios jurídicos, mientras que a veces el sujeto requiere que también se provea al gobierno de su persona. La ley ha previsto por ello, además de [illegible] y de los regímenes de incapacidad, el sometimiento de determinados sujetos al gobierno y dirección de su persona por otra; esto es lo que se llama sometimiento a la potestad de otro. No todos los incapaces están sometidos a la potestad de otra persona; sólo lo están niños y adolescentes y los entredichos por defecto intelectual. Por otra parte, aunque todos los incapaces sometidos a potestad están sometidos a régimen de representación, [illegible] no todos los incapaces sometidos a régimen de representación están sometidos a potestad [illegible] personas [illegible] aunque normalmente la persona que tiene [illegible] y dirección de [illegible] estas funciones se [illegible] distintas.

CAPÍTULO XVI
MINORIDAD, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Capacidad y edad. Conceptos de minoridad, niñez y adolescencia. Régimen jurídico de los menores, niños y adolescentes. Incapacidad de obrar. Regímenes de incapaces. Sometimiento a la potestad de otra persona.

CAPACIDAD Y EDAD

I. La capacidad de obrar y, en especial, la negocial, no debe reconocerse sino a las personas que tienen cierto grado de desarrollo psíquico y de experiencia vital.

II. Podría pensarse que lo ideal sería no reconocer ni negar la capacidad a una persona sino tras determinar su grado real de madurez; pero un sistema de ese tipo, de reconocimiento de capacidad negocial, presentaría graves dificultades prácticas: 1) porque es difícil precisar el grado mínimo de madurez necesaria para reconocer a una persona capacidad de obrar, y 2) porque es muy difícil probar el grado de madurez que tenía una persona en una época pasada, especialmente después de su muerte. En tales condiciones, la determinación individual de la capacidad crearía graves inconvenientes: 1) el sujeto no sabría con certeza si un acto realizado por él podría ser anulado por incapacidad, y 2) las personas tendrían que examinar cuidadosamente a los sujetos con quienes desearan celebrar un acto jurídico para apreciar si tienen la madurez necesaria, y aun entonces no estarían seguros de que el juez tuviera el mismo criterio.

III. Se explica así que para determinar la capacidad negocial el legislador haya recurrido fundamentalmente a criterios objetivos que reúnen dos condiciones: ser fáciles de probar y guardar estrecha correlación con el grado de madurez. Uno de esos criterios es la edad.

A) El Derecho Continental Romano-Francés tradicionalmente divide a las personas en dos grandes grupos: mayores y menores de edad, según que hubieran cumplido o no determinada edad que entre nosotros llegó a ser la edad de 18 años. Respecto de los primeros estableció como regla que tienen capacidad negocial plena para todos los actos y respecto de los segundos la regla inversa; aunque en uno y otro caso estableció excepciones. Por una parte, puede señalarse que determinados mayores de edad sólo tenían capacidad negocial limitada (inhabilitados) o carecían de ella (entredichos) y que para determinados negocios jurídicos se requería una edad mínima superior a los 18 años. Por otra parte, se debe notar que determinados menores podían alcanzar un cierto grado de capacidad negocial mediante la emancipación y la habilitación para ejercer el comercio, y que para determinados negocios jurídicos la ley exigía edades mínimas inferiores a los 18 años. Pero la regla general era que los mayores de edad tenían capacidad negocial plena, general y uniforme y que los menores de edad tenían una incapacidad negocial plena, general y uniforme.

B) Otros Derechos distinguen un mayor número de grupos por edades para dictar sus normas sobre capacidad e incapacidad negocial, lo que les permite establecer para la generalidad de las personas un régimen de transición entre la incapacidad que conforme a nuestro Derecho afecta a nuestros menores de edad y la capacidad propia de los mayores de edad, mientras que entre nosotros esa situación intermedia sólo está prevista a título de excepción para los menores que lleguen a emanciparse.[1]

C) La situación de la clasificación tradicional en las dos edades (minoridad y mayoridad) para regular la capacidad negocial se

1 Un examen crítico de nuestro régimen jurídico de capacidad negocial para los menores de edad puede encontrarse en: Aguilar Gorrondona, José Luis: Tema General de la Tutela de Menores en el Derecho Venezolano, 1987, pp. 128-142.

[illegible] en la Ley Orgánica para la Protección de la Niñez y del Adolescente [illegible] la niñez, la adolescencia [illegible] en que realiza el hecho ilícito.

CONCEPTO DE MINORIDAD, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

[illegible] de las personas que no han alcanzado la edad a partir de la cual la ley confiere al ser humano plena capacidad para la generalidad de los efectos jurídicos. [illegible] del Derecho.

[illegible] para la Protección de la Niñez y de la Adolescencia [illegible]

donado en el Expos. de Motivos de la LOPNA (II), apreciación que consideramos radicalmente errónea. Ahora bien, si la ley consideró necesario suprimir el uso del término "menor", tampoco podía propugnar el uso exclusivo del término "niño" porque se quería legislar para un grupo (todos aquellos que no hubieran cumplido 18 años) dentro del cual no quedaba incluido un importante grupo que ya había superado la niñez (en concreto, de acuerdo con el legislador quienes no habían cumplido 18 años pero sí 12). Por ello se optó por distinguirlo con el término de adolescentes sin que esa diferenciación tuviera prácticamente relevancia jurídica porque niños y adolescentes quedaron sometidos casi totalmente a las mismas normas. Dicho sea de paso, la Constitución de 1999 no tiene empacho en utilizar sin connotación oprobiosa la terminología que la L.O.P.N.A. propuso erradicar (v. p. ej. en el art. 55).

DETERMINACION DE LA MINORIDAD

I. Noticia Histórica y de Derecho Comparado

1° Introducción

La fijación de la edad que separa la tradicional distinción entre mayores y menores de edad (expresada en otros términos por nuestra LOPNA) depende de muchos factores y, principalmente, del clima (que parece influir en la rapidez del desarrollo) y del grado de civilización, ya que mientras más compleja es ésta, mayor madurez se requiere para reconocer la capacidad.

2° Derechos Primitivos y Derecho Romano

En los Derechos primitivos parece que se tomó como criterio no la edad sino la madurez real de los sujetos. Posteriormente se fijó como límite la edad en que se alcanzaba la pubertad, regla que conserva el Derecho islámico.

En los últimos tiempos del Derecho Romano se distinguían cuatro etapas en la vida a los efectos de reglamentar la capacidad de las personas.

A) La infancia, que en el Bajo Imperio terminaba a los 7 años y que comprendía a los infantes (qui fari non possunt) y a los próximos a la infancia, que pueden hablar pero no entienden lo que dicen; y a los próximos a la pubertad, que ya tienen algo de inteligencia).

B) La impubertad, que se extendía desde los 7 años hasta la pubertad. Para determinar el momento en que se alcanzaba ésta, respecto de las mujeres se atendía exclusivamente a la edad de los 12 años, pero respecto de los hombres al principio se exigía un examen físico hecho por el padre o por el tutor. Los proculeyanos y sabinianos discutieron acerca de este criterio y, por fin, Justiniano estableció la regla de que la pubertad de los varones se alcanzaba a la edad de los 14 años.

C) La pubertad, que terminaba a los 25 años. Y, por último,

D) La edad perfecta o mayoridad, a partir de los 25 años.

3° Edad Media

En el medioevo la clasificación romana fue reducida a tres términos en casi todos los ordenamientos: infantes, impúberos, púberos y mayores de edad, pero existía gran desorden en este punto en los sistemas, especialmente acerca de la edad que señalaba el comienzo de la mayoridad.

4° Derechos contemporáneos

La Revolución Francesa redujo el esquema a dos términos: mayores y menores de edad, y fijó como límite de separación la edad de 21 años. Esta clasificación y límite constituyó la regla hasta hace poco, aunque en algunos ordenamientos se señalaban diversas categorías de menores de edad, con su capacidad obediente a distintas reglas, por ej. en Alemania, y en muchos ordenamientos la mayoría se alcanzaba antes o después de los 21 años. Debe advertirse que recientemente se han adoptado edades antes de 21 en muchos. Es así que hasta hace relativamente poco tiempo la fijación de mayoría de 18 en pocos Estados que antes la fijaban en los 21.

II. DERECHO VENEZOLANO VIGENTE

Entre nosotros, la regulación de la capacidad de las personas naturales en razón de la edad, antes de la vigencia de la LOPNA, se basaba en la clasificación de aquellas en mayores y menores de edad, según que hubieran cumplido dieciocho años o no la hubieran cumplido esa edad (C.C., art. 18, encabezado).

La edad se computaba por años, de modo que la mayoría se alcanzaba el día del décimo octavo aniversario del nacimiento. Si la persona había nacido en una fecha que no existe en el año décimo octavo (el 29 de febrero), se consideraba que alcanzaba la mayoridad el último del mes correspondiente (el 28 de febrero). Algunos sostenían que se alcanzaba la mayoridad al comenzar el día del décimo octavo aniversario; otros, al finalizar ese día; y otros, que a la misma hora del nacimiento. Este último criterio parece ser el más aceptable en Derecho, aunque en la práctica lo más prudente es que la persona se abstenga de realizar negocios jurídicos para cuya validez se requiera ser mayor de edad hasta el día siguiente al del décimo octavo aniversario[2].

La situación bajo el imperio de la LOPNA ya ha sido expuesta.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS MENORES, NIÑOS Y ADOLESCENTES

El estudio del régimen jurídico de la minoridad implica considerar la incapacidad de obrar de los menores, los regímenes de incapaces que les son propios y su sometimiento a la potestad de otras personas.

2 [illegible] exige la mención de [illegible] en el acta [illegible]; ello puede [illegible] la mayoridad se [illegible] a la misma hora del [illegible]

I. La incapacidad de obrar

1° Incapacidad delictual

La corta edad en sí misma no es el criterio del legislador para establecer la incapacidad delictual. En efecto, la incapacidad delictual no afecta sino a las personas privadas de discernimiento (o sea, que no pueden distinguir entre el bien y el mal), siendo así que existen personas sin discernimiento de todas las edades.

Ahora bien, quien en razón de su corta edad (o de otra circunstancia) carezca de discernimiento, no queda obligado por sus hechos ilícitos (C.C. art. 1.186), aunque el juez, en atención a las circunstancias (especialmente a la situación económica de las personas), puede condenarlo a pagar una indemnización equitativa (montante a la totalidad o a parte de los daños) si la víctima no puede obtener la reparación de su padre, madre o tutor (por insolvencia o inculpabilidad de estos) (C.C. arts. 1.187 y 1.190 encab. y ap. final).

2° Incapacidad negocial

En cambio, el simple hecho de ser menor (o como se dice repetidamente en la terminología [illegible] LOPNA) determina una incapacidad negocial cuya extensión y grados varían según que la persona esté emancipada o no. En el presente capítulo solo trataremos de la incapacidad de los no emancipados[5].

A) Los menores (o en la nueva terminología, los niños y adolescentes) no emancipados están sometidos en principio a una incapacidad general, plena y uniforme: general en el sentido de que se extiende, en principio, a todos los negocios jurídicos; plena en el sentido de que solo puede ser subsanada mediante representación; y uniforme en el sentido de que afecta por igual a todos los no emancipados, cualquiera que sea su sexo, edad o condición; de modo que estos, en principio y salvo las excepciones que veremos, no pueden celebrar ningún contrato ni obligarse por gestión de

5 Respecto de los emancipados, véase Cap. XXVI.

negocios ni pueden recibir el pago de lo que se le deba ni confesar[4] ni contraer matrimonio ni otorgar testamento. En cambio, quedan sujetos a las obligaciones nacidas del enriquecimiento sin causa o directamente de la ley, ya que tales obligaciones no presuponen un acto voluntario del deudor.

B. Sin embargo, la ley establece ciertas excepciones a la incapacidad general, plena y uniforme de las personas a quienes nos referimos, dando a todas ellas o a algunas de ellas capacidad para realizar por sí solos (capacidad plena) o con el concurso de otros (capacidad limitada) algunos negocios jurídicos.

a) Cuando haya cumplido 16 años de edad puede por sí solo reconocer válidamente a sus hijos, y antes de esa edad puede hacerlo con autorización de su representante legal o, en falta de éste, del Juez competente, quien tomará las providencias que considere oportunas en cada caso[5] (C.C. art. 222).

b) Las personas que no sean [illegible], cualquiera que sea su edad, pueden ejercer la patria potestad sobre sus hijos (C.C. art. 263), aun cuando no tienen el poder de representarlos en los actos civiles ni de administrar sus bienes (C.C. art. 2[illegible]).

c) En materia de matrimonio, los menores adolescentes de sexo masculino desde los 16 años y los de sexo femenino desde los 14 años, pueden celebrar esponsales[6], contraer matrimonio, celebrar capitulaciones matrimoniales y hacer donaciones al otro cónyuge

4 [illegible]

5 Esta [illegible] de la reforma de 1982.

6 Esponsales, en el sentido [illegible] promesa de contraer matrimonio en lo futuro.

7 [illegible]

en razón del matrimonio, siempre que haya obtenido el consentimiento de las personas señaladas por la Ley; y en el caso de las capitulaciones y donaciones mencionadas con la asistencia y aprobación de dichas personas (C.C. arts. 41, 59 y siguientes y 140).

d) De acuerdo con la Ley de Adopción derogada por la LOPNA los menores que habían cumplido 12 años podían consentir en su adopción cualquiera que fuera el tipo de ésta (Ley sobre Adopción, art. 13) y en la solicitud de que se modificara su nombre de pila con motivo de la adopción (Ley citada, art. 34, único aparte), siendo necesario el consentimiento del menor en todos los casos señalados. La LOPNA reitera la necesidad del consentimiento de quienes han cumplido doce años para ser adoptados (art. 414, a), pero además exige que se tome la opinión al efecto a quienes no tengan esa edad (art. 415, a). Las mismas exigencias hace para la modificación del nombre con motivo de la adopción (art. 433).

e) Quienes no sean mayores de edad pueden ejercer la representación de las personas que le confieran mandatos, pero no quedan obligados por el contrato (C.C. art. 1.690).

f) En materia sucesoria, quienes hayan cumplido 16 años tienen plena capacidad para disponer de sus bienes por testamento (C.C. art. 837, ord. 1º).

g) En materia de cuentas de ahorro, las personas cuya edad está comprendida entre los 14 y 18 años podrán movilizarlas libremente previa autorización escrita de su representante legal, quien podrá exigir al Banco información sobre la movilización de la cuenta por parte de su representado así como revocar la autorización dada (Ley General de Bancos y otros Institutos Financieros, art. 23, párragrafo único).

h) En materia del sistema nacional de ahorro y préstamo, la ley acoge el mismo sistema que en las cuentas de ahorro en general pero agrega que los mayores de 16 años se consideran debidamente facultados para realizar tales operaciones, salvo manifestación contraria por escrito de sus representantes legales (Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo, art. 17).

i) En materia laboral, hasta la entrada en vigencia de la LOPNA los menores que hubieran cumplido 14 años pero fueran menores de 16 podían desarrollar labores enmarcadas dentro de las dispo-

siciones de la Ley Orgánica del Trabajo, ejercer las acciones correspondientes y celebrar contratos de trabajo, previa autorización de su representante legal y a falta de éste por el Juez de Menores, el Instituto Nacional del Menor o la Primera Autoridad Civil (Ley Orgánica del Trabajo, art. 248).

La LOPNA reconoce a los adolescentes a partir de los catorce años de edad el derecho de celebrar válidamente actos, contratos y convenciones colectivas relacionados con su actividad laboral y, inclusive, el derecho de litigar ante las autoridades administrativas y judiciales competentes (art. 100).

j) En materia de derechos de autor el menor que ha cumplido 16 años de edad puede realizar todos los actos jurídicos relativos a la obra creada por él en las mismas condiciones que el menor emancipado, salvo en los casos excepcionales en que la ley le exige autorización del Juez (Ley sobre el Derecho de Autor, art. 31) y también ejercer en juicio las acciones derivadas de su derecho de autor y de los actos jurídicos relativos a la obra creada por él mediante la asistencia de determinadas personas (Ley sobre el Derecho de Autor, art. 32).

k) Aunque no significa una modificación de la incapacidad del menor debe destacarse que el Juez debe oír, a título consultivo, a quien ha cumplido 16 años antes de autorizar al padre para realizar los actos patrimoniales que requieran autorización judicial y a quien ha cumplido 15 años antes de autorizar al tutor para tales actos (C.C. arts. 267, ap. 2° y 365), así como también al menor que haya cumplido 12 años de edad antes de autorizar al padre o a la madre para que formalicen el cambio de apellido derivado del establecimiento de la filiación (C.C. art. 235).

II. REGÍMENES DE INCAPACES PARA LOS MENORES, NIÑOS O ADOLESCENTES

Los regímenes de incapaces creados por la ley para los menores, niños y adolescentes son de dos clases. Los menores no emancipados están sometidos a regímenes de representación: la patria potestad y la tutela de menores, con la advertencia de que la LOPNA prevé que a falta de ésta se recurrirá a la colocación familiar o en

entidad de atención en la que puede conferirse la representación del niño o adolescente para determinados actos (art. 390, últ. ap.). En cambio, los menores emancipados están sometidos al régimen de curatela que es un régimen de asistencia y autorización.

III. Sometimiento de los menores, niños o adolescentes a la potestad de otra persona

Los menores no emancipados están sometidos a la potestad de otra persona que, de ordinario, es su mismo representante legal. Los menores emancipados tienen en cambio el libre gobierno de su persona.

Capítulo XVII

PATRIA POTESTAD: GENERALIDADES

Relaciones paterno-filiales. Concepto de patria potestad. Evolución de la patria potestad. Principios fundamentales de la patria potestad en nuestro Derecho.

RELACIONES PATERNO-FILIALES

Antes de comenzar el estudio de la patria potestad es conveniente enunciar las principales relaciones jurídicas entre padres e hijos, de las cuales la patria potestad es la más importante (pero no la única).

I. *Nombre civil*. Los padres [illegible] su apellido y, en [illegible] (Véase cap. X[illegible]).

II. *Honra y respeto*. Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a su padre y a su madre (C.C. art. 261, encab.).

III. *Obligación alimentaria*[1]. De acuerdo con el Código Civil el padre y la madre están obligados a mantener, educar e instruir a sus hijos menores, así como también a los mayores que se encuentren impedidos de atender por sí mismos a la satisfacción de sus necesidades (C.C. art. 282), y recíprocamente los hijos tienen

1 [illegible]

[illegible] sus padres que así lo requieran (C.C. art. 284, encab.).

La LOPNA [illegible] de los padres frente a sus hijos [illegible] de sus excepciones. La regla [illegible] legalmente establecida [illegible] por excepción [illegible] otros casos [illegible] del padre y de la madre respecto [illegible] mentales [illegible] para proveer a su propio sustento [illegible] estudios que por su naturaleza [illegible] puede extenderse [illegible] de edad, previa aprobación judicial (art. 383).

[illegible] por la [illegible] y viceversa [illegible] los padres [illegible] (C.C. art. 884)[2].

V. *Patria potestad*. [illegible] de sus padres salvo en casos excepcionales.

VI. *Visitas*. El padre y la madre [illegible] ejerzan la patria potestad [illegible] menores de edad tienen el derecho [illegible] (LOPNA, art. 385)[3]. Esta materia está regulada con mayores detalles en la LOPNA.

VII. Los padres tienen *poderes en relación con los bienes* de sus hijos cuando éstos no han alcanzado la mayoridad. Son facultades que el Código Civil y la Ley Tutelar del Menor concebían como parte de la guarda, pero que la LOPNA regula separadamente de ésta.

2 [illegible]

3 Sobre este derecho, véase nota 1 del Capítulo XIX.

VIII. *[illegible]*. Los padres tienen el derecho de [illegible] las mismas salvedades.

[illegible] cuando no todas ellas formen parte de la patria potestad.

CONCEPTO DE LA PATRIA POTESTAD

[illegible] potestad como el régimen de protección de los menores no emancipados [illegible] patria potestad [illegible] de subsanar la incapacidad del hijo, provee al gobierno de su persona.

[illegible]

[illegible] verdaderos derechos. Así, por ejemplo, la facultad de corregir al

hijo no era un derecho del padre frente al hijo, pues no se daba interés del padre, sino en interés del hijo y como medio para que el padre pudiera cumplir sus deberes de dirigir la persona del hijo.

La LOPNA declara que: "Se entiende por patria potestad el conjunto de deberes y derechos de los padres en relación con los hijos que no hayan alcanzado la mayoridad, que tiene por objeto el cuidado, desarrollo y educación integral de los hijos" (art. 347). Lamentablemente, no menciona los poderes correspondientes e insiste en hablar de "derechos".

EVOLUCION DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad ha sufrido una profunda evolución desde el Derecho Romano hasta hoy.

1. La patria potestad en el Derecho Romano

La patria potestad romana se diferencia de la nuestra principalmente en su naturaleza, duración y fundamento.

1° Naturaleza

En su forma primitiva, la *patria potestad* era un derecho ilimitado de su titular sobre la persona y bienes del hijo. En lo personal, el *pater* tenía inclusive el *ius vitae necisque* (derecho de vida y muerte). En lo patrimonial, el *filius* no tenía siquiera capacidad para adquirir o tener bienes, de modo que cuanto adquiría entraba en el patrimonio del *pater*. Este rigor primitivo sufrió atenuaciones: poco a poco el *ius vitae necisque* se convirtió en un derecho de corrección y la teoría de los peculios alteró la situación patrimonial descrita.

2° Duración

La *patria potestas* no terminaba por razón de la edad del *filius* sino que era perpetua para el *pater*. Sin embargo, la institución de la *mancipatio* permitió al *filius*, siempre que el *pater* accediera a ello, salir de la *patria potestas* en vida del *pater*.

3º Titularidad

El titular de la *patria potestas* no era necesariamente el padre (ascendiente inmediato), sino que podía serlo otro ascendiente de grado más remoto. Por otra parte, titular de la patria potestad no podía ser nunca sino un varón; en particular, la madre no tenía esa *potestas*, aunque con el tiempo se le reconocieron a la madre cuyo hijo estuviera bajo tutela ciertas facultades que, de acuerdo con el Derecho moderno, forman parte de la patria potestad.

II. LA PATRIA POTESTAD EN LA EDAD MEDIA

1º En los países de derecho escrito, se conservó la patria potestad romana, pero se estableció que el poder sobre la persona cesaba con la mayoría del hijo.

2º En los países de derecho consuetudinario se sentó el principio de que "en Francia no hay lugar a la patria potestad" (en sentido romano) y que, en consecuencia:

A) La patria potestad se extinguía con la mayoridad del hijo;

B) La patria potestad correspondía al padre y a la madre; si moría uno de ellos se abría la tutela;

C) El hijo bajo patria potestad tenía su propio patrimonio, que el padre administraba, sin tener ningún derecho de goce; y

D) El poder judicial ejercía cierto control sobre el ejercicio de la patria potestad y en particular podía obligar al padre a emancipar al hijo en los casos de malos tratos y de negativa de alimentos.

3º Así, pues, en el Derecho Medioeval, la patria potestad se perfila como una autoridad de protección, pero el derecho de corrección se ejercía severamente, incluso mediante las *lettres de cachet*; la justicia sólo sancionaba abusos muy graves; la familia seguía ejerciendo una gran influencia en el matrimonio, así como en la elección de profesión u oficio del hijo; y el padre conservaba perpetuamente gran parte de su influencia porque tenía la facultad de desheredar al hijo.

III. La patria potestad en el Derecho intermedio francés

El Derecho intermedio francés impuso en todo el país, entre otras, las siguientes normas:

A) La patria potestad se extingue con la mayoridad del hijo.

B) El consentimiento de los padres para que el hijo pueda contraer matrimonio sólo se exige cuando el hijo no ha cumplido los 21 años.

C) El padre no tiene derecho de desheredar al hijo; y

D) El padre no puede hacer encarcelar al hijo sin aprobación judicial.

IV. La patria potestad en el Código Napoleónico

El Código Napoleónico, si bien declara que la patria potestad es una institución de protección, en parte de su reglamentación retrocede respecto al derecho intermedio.

Restablece así la necesidad del consentimiento (o del acto respetuoso) para el matrimonio de los mayores de edad y restablece también el usufructo legal del padre sobre los bienes del hijo menor de edad, institución esta a que se hará referencia *infra*.

Por lo demás, el Código Napoleónico mantuvo el poder paterno de encarcelar al hijo y ni siquiera previó la privación de la patria potestad por incumplimiento grave de los deberes paternos.

V. La patria potestad en el siglo XIX

En el siglo XIX se acentúa la idea de que las facultades inherentes a la patria potestad son medios para cumplir deberes en favor del hijo, aparece la privación de la patria potestad por incumplimiento grave de esos deberes, se desarrolla el control judicial de la patria potestad y se consolida la idea de que las facultades paternas encuentran su causa y su límite en los propios deberes paternos.

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA PATRIA POTESTAD EN NUESTRO DERECHO

Podríamos decir que los principios fundamentales de la patria potestad en nuestro Derecho son tres: la patria potestad es exclusivamente un régimen de protección; la patria potestad es un régimen de protección que sólo se aplica a los menores no emancipados; y la patria potestad es el régimen que ofrece mayores garantías para la protección de quienes están sometidos a ella porque cuenta con el concurso de los protectores naturales de éstos.

I. LA PATRIA POTESTAD ES EXCLUSIVAMENTE UN RÉGIMEN DE PROTECCIÓN AL HIJO

1. La afirmación anterior no significa que sólo se atienda al interés del hijo. Por el contrario, la protección del hijo bajo patria potestad está regulada para satisfacer intereses individuales del propio hijo, intereses individuales de terceros, intereses colectivos e intereses individuales de los padres. Dicho sea de paso, no existe en ello contradicción alguna toda vez que esos intereses de los terceros, de la colectividad y de los padres tienen también por objeto la protección de quien no ha alcanzado la mayoridad.

A) Aunque no sea exacto que la patria potestad esté organizada exclusivamente en interés del hijo, lo cierto es que en principio comprende la protección de todos los intereses individuales, personales y patrimoniales del hijo, salvo que esos intereses no sean legítimos, o que puedan ser atendidos por el propio hijo por tener excepcionalmente capacidad para ello conforme a la ley, o en que tales intereses no sean susceptibles de protección por parte de los padres por implicar actos que, dado su carácter personalísimo, no admiten representación o sólo admiten representación voluntaria.

B) Además la patria potestad está reglamentada para proteger un determinado interés individual de los terceros: el interés de que los menores sean educados y vigilados en forma de que no causen antijurídicamente daños a los terceros. La ley establece la llamada responsabilidad del padre (y del tutor) por el hecho de su hijo (o pupilo) en forma especialmente severa, ya que una vez que la víctima demuestre que quien le causó un daño contrario a derecho

estaba bajo la patria potestad del demandado y habita con él, se presume que el daño se debió a culpa del demandado por falta en la vigilancia o educación del menor, sin necesidad de que la víctima lo demuestre y, en consecuencia, el padre o la madre responderán de los daños, a menos que prueben que les fue imposible impedir el hecho que los causó (CC, art. 1.190, norma que no derogó la LOPNA).

c) Además, la patria potestad protege intereses colectivos relativos a la protección de los hijos, pero advertimos que no existe un interés colectivo protegido por la ley en todos los casos en que ésta protege al hijo.

El problema ha sido oscurecido por la afirmación de que todas las normas sobre patria potestad son de orden público y de que, por tanto, están dictadas en protección de intereses colectivos, pero si así fuera, los negocios jurídicos que violaran dichas normas estarían viciados de nulidad absoluta, mientras que por lo general esa nulidad es sólo relativa[1]. Lo que ocurre es que por orden público puede entenderse o el conjunto de normas taxativas o el conjunto de principios que el legislador considera esenciales a la organización económica, moral, política y social de la colectividad. Ahora bien, si

1 [illegible] ... jurídicos se estudian ampliamente en otros cursos de Derecho Civil.

[illegible] en el segundo [illegible]

[illegible] patria potestad [illegible] [illegible]

[illegible] sea obligatorio e indisponible.

[illegible] patria potestad [illegible]

2.° [illegible] patria potestad [illegible]

[illegible] patria potestad [illegible]

[illegible] patria potestad [illegible]

beneficio de su titular y servir solo como medio para el cumplimiento de deberes, de esto no pueden ser considerados como derechos sino como poderes frente al hijo.

Las principales de esas facultades (que también se llaman atributos de la patria potestad en nuestro derecho) son:

a) La guarda, que en sentido amplio comprende el conjunto de poderes sobre la persona física y moral del menor;

b) La representación, o sea, el poder de celebrar negocios jurídicos en nombre del hijo, de modo que sus efectos recaigan directamente en el hijo;

c) La administración de los bienes, o sea, el poder de conducir, gestionar o cuidar los asuntos económicos del hijo; y

d) Otras facultades diversas, como la de designar tutor o protutor [illegible] Consejo de Tutela en caso de que el hijo llegue a estar sujeto a tutela, etc.

En principio, todos esos atributos corresponden a los padres que ejerzan la patria potestad, pero excepcionalmente puede suceder que falte alguno de dichos atributos o que la facultad correspondiente esté atribuida en todo o en parte a otra persona.

La LOPNA, al señalar el contenido de la patria potestad, dice que: "La patria potestad comprende la guarda, la representación y la administración de los bienes de los hijos sometidos a ella" (art. 348), que forma parte de la Sección Primera del Capítulo II del Título IV de la ley. Luego, en una Sección titulada Guarda (Sección Segunda del mismo Capítulo), regula esta institución y en el artículo final dispone que: "La representación y la administración de los bienes se regirán por las disposiciones contenidas en los artículos 267 y siguientes del Código Civil". Parece, pues, que con ello se agota la regulación del contenido de la patria potestad.

Sin embargo, tres Secciones del mismo Capítulo que se titula precisamente "Patria Potestad" llevan a su vez la denominación "Obligación Alimentaria", "Visitas" y "Autorizaciones para Viajar", de modo que por su ubicación en el texto legal dan la apariencia de constituir materias atinentes a la patria potestad aun cuando no fueron mencionadas por la ley al señalar el contenido de dicho régimen. Lo cierto es que esas tres secciones regulan temas que se

presentan en la patria potestad y otros regímenes de incapaces. En este Manual dejamos el estudio de la Obligación Alimentaria de la LOPNA al Derecho de Familia, pues no es sino una obligación comprendida dentro de la obligación general de las obligaciones alimentarias familiares que está regulada de forma especial. Las visitas y las autorizaciones para viajar, materias de regulación breve y que no forman parte de las funciones más generales, se estudiarán después de la guarda.

(...) Así, el ejercicio de la patria potestad es pues una actividad paterna desempeñada en interés del hijo, en razón de un deber y en uso de sus poderes. (Puede decirse que la misma constituye lo que doctrinariamente se llama "oficio": actividad desempeñada en interés de un tercero, en razón de un deber y en uso de poderes).

Ese oficio, a su vez, tiene las siguientes características:

a) Es obligatorio (imperativo) en el sentido de que los padres correspondientes están obligados a continuar en dicho ejercicio mientras no sean privados de la titularidad de la patria potestad o excluidos de su ejercicio, o hasta que la patria potestad se haya extinguido. Ninguna renuncia puede tener validez del padre para liberarse de esa obligación.

b) Es personal y, por lo tanto, intransmisible, carácter que deriva del principio de que la patria potestad es el régimen que ofrece mayores garantías para la protección de las personas sometidas a regímenes de incapaces, porque cuenta con el concurso de los protectores naturales de ellas [illegible].

c) Es indisponible en el sentido de que el ejercicio de la patria potestad no puede ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la sola voluntad privada, sino en los casos y en la medida que prevea la ley[5].

d) Es, en cierto grado, gratuito, lo que responde a la idea de que la protección del hijo es un deber natural de los padres.

5 [illegible] patria potestad [illegible].

e) Es un oficio privado y, más en particular, un oficio familiar.

D) Si, pues, la patria potestad tiene por finalidad la protección del hijo, el padre o la madre pueden ser separados de la misma cuando no sean idóneos para cumplir los objetivos de ella. En esta materia hay diferencias entre nuestro Derecho tradicional y la LOPNA.

II. LA PATRIA POTESTAD SÓLO SE APLICA A LOS MENORES NO EMANCIPADOS

La patria potestad supone la existencia de una persona menor no emancipada sobre quien ejercerla. En consecuencia:

1º Si el hijo muere, se emancipa o llega a la mayoridad, la patria potestad cesa de pleno derecho; y

2º Si la persona necesitada de protección es un emancipado o un mayor de edad, la protección de la misma puede corresponder a sus padres, pero en tal caso éstos no ejercen la patria potestad sino la tutela o curatela (aun cuando los padres tutores o curadores sean objeto de algunas normas distintas de las que rigen a los demás tutores o curadores).

III. La patria potestad es el régimen que ofrece mayores garantías para la protección de las personas sometidas a ella porque cuenta con el concurso de sus protectores naturales.

Si bien nuestro legislador no declara que la patria potestad responde fundamentalmente al Derecho Natural, lo cierto es que parte del principio de que los padres son los protectores naturales de sus hijos en razón del afecto que normalmente suelen tenerles. De aquí derivan varias consecuencias:

1º La patria potestad es el régimen de protección de Derecho común para quienes no han alcanzado la mayoridad, o sea, el régimen al cual se les somete como regla.

2º En nuestro Derecho, la patria potestad y la tutela no pueden coexistir en la protección de una misma persona: si es posible protegerla con la patria potestad no se considera necesario ni conveniente la intervención de un tutor.

4º La patria potestad debe ser ejercida personalmente porque en el padre o madre es en quien se ve la máxima garantía de

protección del hijo. Por ende, la patria potestad no es transmisible ni delegable, aunque los padres pueden valerse de otras personas, conforme a las reglas ordinarias de la vida, para ejercer funciones de protección del hijo[6].

4º La patria potestad provee a toda la protección que requiera el hijo en su persona y bienes, ya que si los padres son sus protectores naturales, lo lógico es encomendarles cuanta función de protección requiera el hijo.

5º La ley confiere a los padres en ejercicio de la patria potestad mayores poderes que a cualquier otro protector de incapaces.

6º El control del ejercicio de la patria potestad es el mínimo control establecido en regímenes de protección. En particular, a diferencia de lo que ocurre en la tutela, los padres no están obligados a cumplir formalidades previas para entrar en ejercicio de la patria potestad, ni están vigilados por un protutor, ni existe un organismo consultivo como el Consejo de Familia, ni existen normas especiales para asegurar la eficacia de la rendición de cuentas.

6 Así, [illegible] potestad.

Capítulo XVIII
PATRIA POTESTAD: TITULARIDAD Y EJERCICIO

[illegible] de la patria potestad

INTRODUCCIÓN

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

titularidad de la patria potestad y no haber sido privado de la patria potestad por declaración judicial, sin haber sido restituido en ella.

REGIMEN ANTERIOR A LA LOPNA

I. TITULARIDAD DE LA PATRIA POTESTAD

1°. Atribución originaria

En principio, la titularidad de la patria potestad correspondía tanto al padre como a la madre (C.C., art. 261, encabezado) y, cuando el menor era adoptado, también al adoptante o adoptantes.

2°. Extinción de la titularidad de la patria potestad

La titularidad de la patria potestad podía extinguirse a parte filii (por causa del hijo) o a parte patris (vale decir, por causa del padre o de la madre).

A) *La titularidad de la patria potestad se extinguía a parte filii* por tres causas: muerte, mayoridad o emancipación del hijo.

B) *La titularidad de la patria potestad se extinguía a parte patris* también por tres causas:

a) Por *muerte* del padre o de la madre.

b) Por *extinción del parentesco* entre el padre y el hijo, lo que ocurría:

a') Respecto del padre o madre de origen, cuando el hijo era objeto de adopción plena (Ley de Adopción, art. 50), salvo que el adoptado fuera hijo del cónyuge del adoptante, pues en ese caso el adoptado conservaba el respectivo vínculo con dicho cónyuge (Ley citada, art. 56), y

b') Respecto de los adoptantes, cuando se extinguía la adopción.

c) Por *privación de la patria potestad* impuesta al padre o a la madre por sentencia, lo que podía ocurrir en diferentes clases de juicios.

[illegible] primer término [illegible] patria potestad.

[illegible] patria potestad [illegible] la jurisprudencia [illegible]

1. Cuando el padre o la madre [illegible] de hecho.

2. [illegible] de manera circunstancial[5].

3. [illegible]

[illegible]

1 [illegible]

2 [illegible] tomo II, pp. 427-429).

3 [illegible] de 4-X-1957, J.T.R., vol. VI, pp. 221-222).

4 [illegible] VII, tomo II, pp. 351-352).

5 [illegible] pp. 428-431).

de menores [illegible] consagraba esa causal de privación de patria potestad el [illegible] de que la madre [illegible] viviera en concubinato [illegible] con dos hombres[9]

Por [illegible] se exigía que fuera constante, re[illegible] por sus características de [illegible] la moralidad de [illegible] el criterio de [illegible] la persona bebiera [illegible] estado patológico [illegible]

[illegible] como autores [illegible] intencionalmente [illegible]

[illegible]

[illegible]

6 [illegible]
7 [illegible]
8 [illegible]
9 [illegible] p. 222)
10 Juzg. Sup. de Men. del D.F., sent. de 14-X-1958 (J.T.R., vol. VII, tomo II, pp. 426-427)
11 [illegible]
12 [illegible]

[illegible] la Reforma del 82 regula a quienes podían intentar esa acción principal de privación de la patria potestad [illegible] la tramitación de esta vía [illegible] competencia [illegible] en la materia.

b) La privación de la patria potestad podía resultar también de [illegible] sentencia de divorcio o separación de cuerpos de los padres (C.C. art. 280). Lo que ocurría cuando la sentencia declaraba que uno de los padres o ambos se encontraban incursos en una de las causales 4ª, 5ª [illegible] del artículo 185 del Código Civil: el conato de uno de los cónyuges de corromper o prostituir a sus hijos, así como la connivencia en su corrupción o prostitución [illegible] la condenación a presidio [illegible] y otras formas graves de [illegible] que hacen imposible la vida en común.

c) La privación de la patria potestad, por último, podía resultar de sentencias penales. Ello ocurría en los casos [illegible] Cuando se condenaba al padre o a la madre por la comisión de ciertos delitos contra las buenas costumbres y el buen orden de las familias (C. Penal, art. 392) [illegible] al padre o a la madre por el delito [illegible] las familias [illegible] que [illegible] causal [illegible].

3°. Readquisición de la titularidad *de la patria potestad*

La titularidad de la patria potestad una vez extinguida sólo se readquiría [illegible] *patria potestas* [illegible] privados de la patria potestad [illegible] rehabilitados[15]. Para que procediera la rehabilitación [illegible] la corrección y regeneración del padre o la madre [illegible] comprendidos [illegible] (C.C. art. 279)[16]. En tales circunstancias el Juez

15 [illegible]

16 [illegible] 205-206)

a solicitud del padre o de la madre, pasado un año de la sentencia firme que la decretó, siguiendo los trámites del juicio breve[15], pudiendo oír al menor (C.P.C., art. [illegible]) y [illegible] la opinión del progenitor que ejerza la patria potestad o de la persona que tenga la guarda del menor según el caso [illegible] (C.C., art. 28[illegible]). La decisión de primera instancia es apelable libremente pero según el C.C. de 1982 [illegible] consulta (C.C., art. 281) aunque el C.P.C. [illegible] consulta (C.P.C., art. [illegible]).

No podía alegarse como fundamento para solicitar la rehabilitación que la sentencia de privación de patria potestad hubiera sido improcedente o injusta, ya que la misma tenía fuerza de cosa juzgada[17, 18].

II. Ejercicio de la patria potestad

1°. Generalidades

La titularidad de la patria potestad [illegible] al padre o a la madre [illegible] el efecto de darle la posibilidad de ejercerla [illegible] pues es condición necesaria pero no suficiente para ejercer la patria potestad. En efecto:

[illegible] existen [illegible] supuestos [illegible] *del ejercicio de la patria potestad*, en los cuales el titular de la misma queda impedido de ejercerla mientras subsistan esas causas.

15 [illegible]

16 [illegible]

17 [illegible] vol. VI, tomo II, pp. 223-224 y 226-228).

18 [illegible]

B) Por otra parte, la ley, según los casos, concede conjuntamente el ejercicio de la patria potestad a ambos progenitores o lo concede a uno solo de ellos de acuerdo con un orden establecido entre los padres titulares de la patria potestad.

2°. Causas de exclusión *absoluta del ejercicio de la patria potestad*

Son causas de exclusión absoluta del ejercicio de la patria potestad, las siguientes:

A) La ausencia [illegible] (C.C., art. 120 [illegible]) la no presencia (C.C., art. 262);

B) La [illegible] del padre o de la madre [illegible] (C.C., art. 262);

C) La [illegible] para ejercer las funciones [illegible] patria potestad (C.C., art. 262) declarada por el Juez de Menores; y

D) [illegible] natural[20]

3°. Ejercicio de la *patria potestad sobre hijos no adoptivos*

A) *Ejercicio conjunto*

De acuerdo con [illegible] la patria potestad se ejerce [illegible] por el padre y la madre en los siguientes supuestos:

a) [illegible] la patria potestad sobre los hijos comunes [illegible] padre y a la madre [illegible]

[illegible]

20 [illegible]

la ejercerán conjuntamente (C.C. art. 261 [illegible]). Esta regla comprendía no sólo a los hijos concebidos durante el matrimonio sino a todos los hijos comunes de los cónyuges aunque hubieran sido concebidos por ellos antes de la celebración del matrimonio.

b) Dicha regla no era modificada [illegible] después de decretado el divorcio o separación de cuerpos de los progenitores. En efecto, si ninguno de los padres ha sido privado de la patria potestad, ésta [illegible] corresponde [illegible] respecto de [illegible] consecuencia de las causales [illegible] del artículo 185 [illegible] bien la guarda, que es uno de los atributos de la patria potestad, se separa [illegible] de los demás atributos inherentes a la patria potestad [illegible] (C.C. art. 192).

[illegible] del art. 185 [illegible] por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibiliten la vida en común [illegible] como causal de separación de cuerpos [illegible] cónyuge [illegible] no podrá ejercer la patria potestad [illegible] de la sentencia de divorcio sino de la [illegible] psiquiátrica que [illegible] de la patria potestad (C.C. art. [illegible]) [illegible] de la misma.

La sola [illegible] presentación [illegible] del juicio de separación de cuerpos o de divorcio [illegible] la patria potestad [illegible] conjunto, aunque [illegible] sobre la guarda de los hijos menores (C.C. art. 191 [illegible]) que sólo es uno de los atributos de la patria potestad. Y la separación de cuerpos por mutuo consentimiento tampoco podía afectar a la patria potestad [illegible], aunque sí a la guarda del menor.

Dicho sea de paso, conviene saber que la regulación de la materia antes de la Reforma Parcial de 1982 era distinta [illegible].

[illegible] [illegible] vol. XIX, p. 1880.

[illegible] madre.

[illegible]

[illegible] en relación con él (C.C., art. 261, ap. 4).

[illegible] art. 261, últ. ap.).

[illegible] en forma absoluta de su ejercicio.

B) *Ejercicio individual*

[illegible]

que hubiera reconocido o establecido legalmente su paternidad o maternidad (C.C., art. 261, ap. [illegible]) salvo que, como se ha dicho, en este caso el ejercicio individual pasaría a ser conjunto desde que el otro progenitor reconociera posteriormente al hijo y probara que el mismo goza en relación con él de la posesión de estado (C.C., art. 261, ap. [illegible]); y también si fuera el caso [illegible] que el Juez así lo acordare en ejercicio de la facultad que le confiere el [illegible] aparte del art. 262.

4° Ejercicio de la patria potestad sobre hijos adoptivos

A) La Ley de Adopción de [illegible] derogada por la LOPNA, regulaba detalladamente el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos adoptivos.

[illegible] Ley de Adopción [illegible] siguiente:

[illegible] adoptó al menor.

[illegible]

[illegible] la misma (Ley cit., art. 56, "regla cuarta").

a) [illegible] la privación de la titularidad [illegible] respecto del cónyuge que hubiera incurrido en [illegible] causal 1ª del art. [illegible] del Código Civil[22], y

b) Fuera de esos casos, la situación era que el ejercicio de la patria potestad se [illegible] cónyuges [illegible] que [illegible] reglas generales en la materia [illegible] de que [illegible] caso se [illegible] patria potestad [illegible] cónyuge [illegible] padre [illegible] de sangre [illegible] si [illegible] separación [illegible] motivo grave [illegible] cónyuge hubiera incurrido en la causal 1ª del Art. [illegible] del Código Civil [illegible] art. [illegible] regla cuarta[illegible])

c) [illegible] el caso de adopción simple [illegible] después de la [illegible] adoptante [illegible] padres de sangre [illegible] art. 50 [illegible] regla [illegible] se regía por las normas expuestas [illegible] adopción

[illegible] todos sus efectos

[illegible] Adopción [illegible] Código [illegible] patria potestad [illegible] Código Civil [illegible] Adopción de 1988 [illegible] problema [illegible] patria potestad [illegible] en la [illegible] Código Civil [illegible] porque no había otras normas vigentes

[illegible] adopción [illegible] patria potestad correspondía [illegible] adopción [illegible]

22 [illegible] cónyuge [illegible] regla cuarta [illegible] artículo [illegible] Ley sobre Adopción de 1972

> [illegible] conjunto de la patria potestad.
>
> [illegible] señaladas para los hijos consanguíneos.
>
> [illegible] en forma individual al otro cónyuge.
>
> [illegible] padres de la sangre.
>
> [illegible]

REGIMEN DE LA LOPNA

I. TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

Dentro de la LOPNA la titularidad de la patria potestad se rige por normas dictadas para tres supuestos y en las cuales se regula también el ejercicio de la patria potestad.

1° Titularidad y ejercicio dentro del matrimonio

A) La regla fundamental es que: "La patria potestad sobre los hijos comunes corresponde al padre y a la madre durante el matrimonio" (LOPNA art. 349, 1ª disp. *in limine*).

B) [illegible]

a) [illegible] patria potestad se [illegible] (LOPNA, art. 349, 1ª disp. *in fine*)

b) [illegible] respecto a lo que exige el interés de los hijos [illegible] (LOPNA, art. 349, 2ª disp.) y

c) Si tal práctica no existe o hubiese duda fundada sobre su existencia [illegible] para los hijos

2º Titularidad y ejercicio fuera del matrimonio

[illegible] hijo" (LOPNA, art. 350, encab.)

[illegible]

adelantarse un tanto al otro en el reconocimiento del hijo sin que ello implique que el otro progenitor tenga menos interés por el hijo.

B) Añade la ley que: "En todos los demás casos, la titularidad de la patria potestad corresponde sólo a aquel de los padres respecto a quien se haya establecido primero la filiación. No obstante, el Juez competente puede conferir la patria potestad al otro padre, si la filiación se establece con respecto a él mediante reconocimiento voluntario que dicho padre haga del hijo, y previo que éste, si ya goza en relación con él de posesión de estado, consta la opinión del hijo y la del padre que tiene la patria potestad, y siempre que tal otorgamiento resulte conveniente a los intereses del hijo, de todo lo cual debe dejarse constancia en el acta que se levante al respecto" **(LOPNA, art. 349, aparte 1º)**.

Entendemos que cuando se prevé que el Juez puede conferir la patria potestad al otro padre, debe entenderse lo que procede es que ambos padres tengan la patria potestad, no que se le quite a uno para dársela al otro; y que el Juez puede proceder sin oír la opinión del hijo si éste no se encuentra en la posibilidad de darla por su corta edad, su estado mental, etc. En efecto, no tendría sentido que esas circunstancias impidieran tomar una medida favorable al hijo o llevaran a retrasarla por razones que no responden a manejos fraudulentos y que sólo hacen imposible oír el parecer que reclama la ley. Un ejemplo de aplicación de criterio semejante al que señalamos se encuentra en materia de adopción, donde se prevé no sólo la inexigibilidad de opiniones sino de **consentimientos (LOPNA, art. 417)**.

C) Finalmente la ley añade que: "Cuando el padre y la madre ejerzan de manera conjunta la patria potestad sobre hijos comunes habidos fuera del matrimonio, los desacuerdos se resolverán de la misma manera como se resuelven los que se susciten en los otros casos de ejercicio conjunto de la patria potestad sobre los hijos comunes habidos en el matrimonio" (LOPNA, art. 350, últ. aparte).

edidas en caso de divorcio, separación de cuerpos o ulidad de matrimonio

II. Privación y readquisición de la patria potestad

1° Privación de la patria potestad

[illegible] ejercer esa patria potestad.

[illegible]

[illegible] cuando:

[illegible]

[illegible] en su corrupción o prostitución.

[illegible] explotación sexual.

[illegible] autor.

g) Sean condenados por hechos punibles cometidos contra el hijo.

"h) Sean declarados entredichos.

"i) Se nieguen a prestarle alimentos.

"j) Inciten, faciliten o permitan que el hijo ejecute actos que atenten contra su integridad física, mental o moral".

En la preocupación de evitar injusticias, la ley expresa que la falta o carencia de recursos materiales no constituye, por sí sola, causal para la privación de la patria potestad. De ser este el caso, el niño o el adolescente debe permanecer con sus padres sin perjuicio de la inclusión de los mismos en uno o más de los programas legalmente procedentes.

[illegible] privación de la patria potestad [illegible] parte interesada (L.O.P.N.A., art. 353, encabezado):

a) el otro padre respecto al cual la filiación esté legalmente establecida, [illegible] ejerza la patria potestad;

b) el Ministerio Público, de oficio o a solicitud del hijo o parte de los ascendientes y demás parientes del hijo dentro del cuarto grado en cualquier línea, o de la persona que ejerza la guarda"; y

c) el Consejo de Protección que prevé la LOPNA.

2° Readquisición de la patria potestad

Como se [illegible] la privación de la patria potestad no está concebida como una medida irrevocable, toda vez que la persona afectada por [illegible] puede [illegible]. Sin embargo, la ley permite y exige que el padre o la madre privados de la patria potestad soliciten que se les restituya [illegible] que sean al menos de la sentencia firme que la decretó (L.O.P.N.A., art. 355, encab. y 1º disp.).

Esta solicitud debe ser notificada al Ministerio Público y, de ser el caso, a la persona que interpuso la acción de privación o al Consejo de Protección (L.O.P.N.A., art. 355, encab. y 2º disp.).

Ordena además la ley que el Juez para evaluar la conveniencia de la restitución de la patria potestad oiga la opinión del hijo, la

de otro padre que la ejerza y de la persona que tenga la guarda del hijo, según el caso (LOPNA, art. 355, [illegible]).

Por último, se establece que la sanción de restricción de la patria potestad debe [illegible] hasta que hayan cesado las [illegible] que motivaron [illegible] (LOPNA, art. 355, ap. único).

3º Extinción de la patria potestad

Por otra parte, la ley prevé la extinción de la patria potestad (LOPNA, art. 356), que implica que el padre o la madre correspondiente pierde la patria potestad [illegible] solicitar que se restituya [illegible].

La extinción [illegible] que la patria potestad se extingue respecto de [illegible] la [illegible] hipótesis [illegible] patria potestad sino que no requiere de ningún régimen de protección o [illegible] requiere de otro distinto.

En los demás casos, la patria potestad se extingue respecto de uno solo de los padres. Así ocurre con la muerte del padre o de la madre [illegible] privación de la patria potestad y el [illegible] para que otra persona adopte al hijo, [illegible] la adopción [illegible] por el otro cónyuge.

Capítulo XIX
PATRIA POTESTAD: GUARDA

Relaciones jurídicas personales entre padres e hijos. Generalidades sobre guarda. Contenido. Atribución. Ejercicio. Visitas. Autorizaciones para viajar.

RELACIONES JURÍDICAS PERSONALES ENTRE PADRES E HIJOS

[illegible] determinados derechos y deberes personales [illegible] con hijos que derivan de su condición de padre o madre [illegible] ejerzan la patria potestad sobre [illegible]

[illegible] corresponde en principio al derecho [illegible] el estado de la patria potestad, pero [illegible] el funcionamiento de la patria potestad se ve afectado por [illegible] derechos y deberes.

Los principales [illegible] derechos son:

A) El derecho de ser contactados y respetados por sus hijos cualquiera que sea el estado y condición de estos (C.C., art. 261 encab.).

B) El derecho [illegible] durante su niñez y adolescencia, aunque no ejerzan la patria potestad [illegible] la guarda del hijo (LOPNA, art. 385) y del cual trataremos después de referirnos a la guarda.

C) El derecho de disponer sobre sus funerales y sepultura, salvo que exista derecho preferente de otra persona.

II. Pero, además, el padre o la madre que tiene la patria potestad sobre el hijo tiene, en virtud de la misma, un conjunto adicional de deberes y poderes sobre la persona del niño. Los principales de ellos pueden agruparse en dos: la guarda y la representación en la esfera personal; como la representación se manifiesta también en la esfera patrimonial trataremos de ella en otro capítulo. Pero además la ley menciona separadamente la materia de visitas (ahora como deber paterno) y las autorizaciones para viajes. De estos dos temas trataremos al final del presente capítulo.

GENERALIDADES SOBRE GUARDA (PATERNA)

I. La guarda suele definirse por su finalidad y/o contenido

1. La guarda suele definirse por su finalidad y/o contenido.

Tradicionalmente se decía que en su sentido amplio la guarda paterna (llamada frecuentemente guarda a secas) comprendía todos los derechos y poderes del padre sobre la persona del hijo, excepción hecha del poder de corrección, que por razones históricas y no sistemáticas se solía considerar separadamente, muchas veces con el inapropiado nombre de "derecho de corrección".

La Ley de Reforma Parcial del Código Civil expresamente incluyó el poder de corrección dentro de la guarda al decir que ésta "comprende la custodia, la vigilancia y orientación de la educación del menor, así como la facultad para imponerle correcciones adecuadas a su edad y desarrollo físico y moral" (C.C., art. 265 encab.).

Hoy en día la ley vigente expresa que esa obligación comprende la custodia, la asistencia material, la vigilancia y la orientación moral y educativa de los hijos, así como la facultad de imponerles correcciones adecuadas a su edad y desarrollo físico y mental (L.O.P.N.A., art. 358) y añade que para su ejercicio se requiere el contacto directo con los hijos y, por lo tanto, faculta para decidir acerca del lugar de residencia o habitación de éstos (L.O.P.N.A., últ. disp.).

2. En todo caso, el ejercicio de la guarda, como parte que es del ejercicio de la patria potestad, obviamente tiene los caracteres de éste, ya examinados en el capítulo XVII (obligatorio, personal, intransferible, indisponible, gratuito, familiar), aun cuando lo cierto es que los jueces han sido poco exigentes con el requisito del ejercicio personal de la guarda paterna.

II. Clasificación

La guarda en sentido amplio se suele subdividir en guarda material y guarda jurídica. La primera es el conjunto de poderes y deberes sobre la persona física del hijo, y la segunda, el conjunto de poderes y deberes paternos sobre la persona moral o intelectual del hijo. Sin embargo, la clasificación carece de trascendencia en nuestro Derecho, el cual en ningún caso dicta normas diferentes para la guarda material y la jurídica.

CONTENIDO DEL PODER DE GUARDA

1. Aun cuando no hay un texto legal que así lo exprese, podría decirse que, en principio, la guarda comprende todas las facultades y deberes paternos que conciernen a la tutela y protección de la persona física y moral o intelectual del hijo. Sin embargo, debe considerarse ajena a la guarda la facultad de celebrar actos jurídicos válidos en nombre del hijo, aun cuando tengan por objeto la protección de la persona de éste, ya que esa facultad forma parte del poder de representación, que es un poder distinto del de guarda.

---

1 [illegible]

2º La enumeración completa de las facultades y deberes paternos que comprende la guarda, por lo menos es muy difícil. Cuando nos referimos a esta enumeración para definir el concepto de guarda solemos caer en la transcripción de sucesivas disposiciones legales cada una de las cuales aumenta la lista de dichas facultades hasta llegar a la enumeración contemplada en la vigente L.O.P.N.A. Pero tampoco parece [illegible] de la ley que esta [illegible] enumeración agote el contenido de la guarda paterna.

Por lo demás, resulta muy difícil, si no imposible, definir cada una de esas facultades enumeradas por la ley de modo tal que cada una [illegible] en forma excluyente. En efecto, todas las funciones y facultades enumeradas están muy vinculadas entre sí de modo que frecuentemente un acto de ejercicio del poder de guarda [illegible] el ejercicio de varias de esas facultades y en el caso de que los padres impongan la corrección no es difícil que [illegible] forma de ejercer las demás facultades enumeradas por la ley.

3º En todo caso vale la pena hacer algunas indicaciones sobre algunas de las facultades que comprende la guarda que no saltan a la vista cuando se lee la norma de la L.O.P.N.A. [illegible] por la vaguedad del término asistencia material. La guarda del hijo comprende la facultad de decidir lo relativo a su alimentación, salud física y psíquica, vestidos y hábitos de vida en general; tomar todas las medidas necesarias para asegurar su vigilancia, incluida en ésta la vigilancia de amistades, lecturas y correspondencia; orientar su educación, lo que comprende determinar el género de ésta, escoger educadores y planteles y si el hijo estudia en institutos oficiales de Educación Básica decidir si ha de recibir educación religiosa; imponer correcciones al hijo, etc. Naturalmente debe destacarse que tales facultades tienen su fundamento y límites en la finalidad para la cual han sido conferidas: la protección del hijo. Su ejercicio para otros fines o más allá de los límites señalados constituiría pura y simplemente un ejercicio abusivo de las facultades inherentes a la guarda y, por ende, contrario a Derecho. En la apreciación correspondiente es necesario tomar en cuenta las circunstancias individuales de cada caso, tales como la edad del hijo, su salud, aptitudes, inclinaciones, carácter, medio circundante, etc.

Se conviene hacer hincapié en alguna de las facultades señaladas.

A) La facultad paterna de tener a los hijos consigo o en lugar escogido por el padre que ejerce la guarda constituye frente a terceros un *derecho* paterno. Así, la LTM establece que: "La persona que indebidamente retenga a su lado al menor será conminado a restituirlo a quien se haya confiado su guarda (art. 41), sin perjuicio de la imposición de las sanciones previstas en esa ley y, según los casos, en el Código Penal.

B) La dirección y vigilancia del menor para que no cause antijurídicamente daños a terceros es una *obligación* de los padres frente a terceros. De allí que la ley haga civilmente responsable al padre o la madre de los daños causados a terceros por el hijo menor que habite con ellos, a menos que uno u otro pruebe que no pudo impedir el hecho que los originó (CC, art. 1.980).

C) El poder de orientar la educación del hijo no dispensa a los padres de cumplir ciertas obligaciones establecidas en la ley de la materia, como la obligatoriedad de completar la Educación Básica.

D) El poder de imponer correcciones está legalmente condicionado a que éstas sean adecuadas a su edad y desarrollo físico y mental (CC, art. 2[illegible]; y LTM/CNA, art. 55[illegible]). De otro lado, [illegible] padre o [illegible] tutor [illegible] propio por sí, de autoridad, o sea, por propia decisión y sin necesidad de cumplir ninguna formalidad. Pero si las medidas [illegible] que los padres no bastaren para corregir la conducta irregular del menor, el guardador podrá ocurrir ante el Juez competente para que tome las medidas que estime pertinentes, las cuales [illegible] cuando el Juez lo considere conveniente (CC, art. 26[illegible]). Interesa [illegible] que el Código reformado [illegible] que el guardador procede por [illegible] se limita a solicitar al Juez que tome las [illegible] así que aquel puede discrecionalmente tomarlas o no, escoger la que se aplicará y la escala [illegible] considere conveniente.

Si el padre o la madre abusan del poder de corrección que les confiere la ley, pueden ser sancionados civil o penalmente, según los casos.

El abuso en la corrección [illegible] podría ser causa de privación de la patria potestad [illegible] art. 2[illegible] [illegible] sentencia [illegible] patria potestad (C.C. art. 278).

[illegible] Por otra parte [illegible] el padre o la madre [illegible] según los casos.

Sin perjuicio de la competencia de otros órganos del Poder Público [illegible] los menores.

[illegible] A propósito de la guarda [illegible] Para viajar [illegible] representante legal [illegible] Juez de Menores [illegible] disposición fue complementada [illegible] INAM y el Juez de Menores [illegible] la Primera Autoridad Civil [illegible] tránsito de los menores por el territorio de la República [illegible] separadamente de la guarda.

EJERCICIO DE LA GUARDA

I. Régimen anterior a la L.O.P.N.A.

1º Reglas Generales

La Ley de Reforma Parcial [illegible] de que en principio la patria potestad es ejercida conjuntamente por el padre y la madre, establecía que: "El padre y la madre que ejerzan la patria potestad tienen la guarda de sus hijos [illegible] patria potestad [illegible]

[illegible] ejercen ésta en tal forma.

[illegible]

2º Excepciones

[illegible]

Mucho más importante era la excepción derivada del juicio [illegible] privación de guarda, institución que creó la jurisprudencia inicialmente sin texto legal expreso, pero que fue reconocida y regulada por la [illegible] [illegible] normas al respecto [illegible] vigentes con alguna salvedad derivada de la L.O.P.N.A. y que por [illegible] dejamos para ser examinada cuando tratemos [illegible] régimen de [illegible] el imperio de esta ley.

II. RÉGIMEN BAJO LA L.O.P.N.A.

1º Norma básica

De [illegible] con la nueva Ley la norma fundamental en la materia [illegible] que "El padre y la madre [illegible] patria potestad tienen la guarda de sus hijos y son [illegible] civil, administrativa y penalmente responsables por el adecuado cumplimiento de su contenido" (L.O.P.N.A., art. 35[illegible]) [illegible] ejercen el resto de la patria potestad.

[illegible] agrega una norma que [illegible] ciertas [illegible] "Cuando exista desacuerdo acerca de [illegible] que corresponda a [illegible] de los aspectos del contenido de la guarda, cualquiera de los padres [illegible] ante un Juez de la Sala de [illegible] de [illegible] previo el intento de conciliar [illegible] después de oír a ambas partes [illegible] el punto controvertido [illegible] la oportunidad [illegible] que la parte [illegible] satisfecho [illegible] guarda. De esta decisión [illegible] concederá apelación" (L.O.P.N.A., art. 35[illegible] [illegible] aparte).

Es el caso que parece imposible que en la intención del legislador cualquiera de los padres pueda acudir ante el Juez para que [illegible] cualquier caso de [illegible] de una decisión en materia [illegible] corresponda a uno de los aspectos del contenido de la guarda [illegible] amplitud de ese poder y la enorme [illegible] importancia en [illegible] decisiones sobre guarda. Por otra parte [illegible] que es lo [illegible] se debe entenderse por [illegible] de guarda [illegible] interpretar la norma de [illegible] tratamos porque sería poco [illegible] entender que ese [illegible] tradicionalmente llamado privación de guarda, por [illegible] significa permitir cambios en las personas que tienen la guarda de los hijos [illegible] desacuerdos en cuestiones de mínima importancia.

2º Reglas especiales

A) Expresamente [illegible] la ley vigente normas especiales para ciertos casos. Así, en concreto dispone que:

[illegible] la colocación familiar".

B) [illegible] respecto [illegible] entendemos que [illegible] en vigor [illegible] sobre el [illegible] de privación de guarda.

[illegible] la L.O.P.N.A. [illegible] que tener [illegible] consecuencia de [illegible] privación de guarda prevista en la L.T.M. [illegible] pedir esa privación [illegible] la misma era procedente [illegible] lugar.

[illegible] del legislador [illegible] base legal expresa [illegible] de los Tribunales de Menores en la materia que [illegible] el juicio de guarda [illegible] expresa [illegible] creemos que el [illegible] privación de guarda puede ser intentado no solo por el progenitor [illegible] por otras personas, en particular ascendientes, parientes colaterales e incluso extraños [illegible] que el pedimento del actor es que [illegible] la guarda del menor y que la acción es procedente [illegible] al interés del menor [illegible] al actor.

[illegible] de privación de guarda [illegible] del juicio de privación de la patria potestad en dos aspectos sustantivos: A) No presupone una falta del padre o de la madre de modo que [illegible] declaraba la jurisprudencia

[illegible] de la patria potestad)

[illegible]

[illegible] tales juicios

[illegible] relación con los Jueces.

[illegible] 361)

[illegible]

Al padre o la madre [illegible] por haberse negado [illegible] con recursos económicos [illegible] a menos que se declare [illegible] al interés del [illegible]. La rehabilitación [illegible] padre [illegible] durante [illegible] (L.O.P.N.A., art. 362).

[illegible] de la guarda debe ser decidido [illegible] para ello el procedimiento previsto en la L.O.P.N.A. (art. 363).

VISITAS

1. ATRIBUCIÓN Y NATURALEZA DE LAS VISITAS PATERNAS

[illegible] padre [illegible] tengan la guarda del [illegible] derecho [illegible] ser visitado [illegible] (L.O.P.N.A., art. [illegible]) [illegible] visitado [illegible][1].

Asimismo [illegible] el derecho de visitar [illegible] extendido de [illegible] por razones [illegible] por ejemplo, cuando [illegible] de las visitas [illegible] visitar a ciertos padres.

1 [illegible]

2º Como se ha dicho, "El régimen de visitas acordado por el [illegible] puede extenderse a otras personas, sean o no parientes (por consanguinidad o afinidad) del menor, cuando el interés de éste lo justifique". Como se observa en esta hipótesis el interés particularmente tutelado es el interés del hijo, texto que en ciertos casos puede resultar mezquino frente a [illegible] personas (L.O.P.N.A., art. 388).

3º Por otra parte, no se ordenará ni concederá un régimen de visitas al padre o a la madre a quien se haya sido impuesto por vía judicial el cumplimiento de la obligación alimentaria por haberse negado a cumplirla injustificadamente pese a contar con recursos económicos, a menos que se declare judicialmente su rehabilitación y sea conveniente al interés del hijo (L.O.P.N.A., art. 389; [illegible] que esa rehabilitación procede cuando el respectivo progenitor ha cumplido fielmente durante un año los deberes inherentes a esa obligación alimentaria (L.O.P.N.A., art. 389, ap. único).

No se prevén en la ley otros casos de improcedencia del derecho de visita paterna, pero [illegible] conduce a aceptar que no procede el derecho paterno o materno de visitas si a criterio del Juez así lo exige el interés superior del niño (p.ej., cuando existen serios fundamentos que permitan sospechar que el progenitor comete delitos contra el hijo: lo corrompe, etc.).

4º La ley, en su deseo de hacer respetar [illegible] dispone que "El padre o la madre que sustraiga o retenga indebidamente a un hijo cuya guarda haya sido otorgada al otro o a un tercero, debe ser conminado judicialmente a que lo restituya a la persona que ejerce la guarda y responde por los daños y perjuicios que su conducta ocasione al hijo, debiendo reintegrar todos los gastos que se hayan hecho para obtener la restitución del niño o adolescente retenido" (L.O.P.N.A., art. 390).

5 Así lo decidió en su momento la [illegible] de la [illegible]

II. Contenido del derecho

Las visitas no se reducen —al menos no se reducen necesariamente— al acceso a la residencia del niño o adolescente, sino también la posibilidad de conducirlo a un lugar distinto al de su residencia, si se autorizare especialmente [illegible] interesado en la visita, pero además pueden comprender cualquier otra forma de contacto entre el niño o adolescente y la persona a quien se le concediera las visitas, como comunicaciones telefónicas, telegráficas, epistolares y computarizadas (L.O.P.N.A., art. 386). Al parecer sólo conducirlo al visitado a un lugar distinto de su residencia es lo que requiere la autorización especial, que en nuestro concepto si estuviere de acuerdo [illegible] del progenitor que tiene la guarda [illegible] sea necesario [illegible] la autoridad judicial fuera del caso de desacuerdo.

III. Fijación del régimen de visitas

El régimen de visitas debe ser convenido de mutuo acuerdo entre los padres, oyendo al hijo [illegible] este último que debe entenderse referido a [illegible] capaz de manifestar una opinión que [illegible] por ejemplo [illegible]

[illegible]

art. 387).

Personalmente nos sorprende [illegible] las visitas [illegible] del hijo sino del padre [illegible] en los supuestos judiciales que prevé este artículo.

AUTORIZACIONES PARA VIAJAR

I. En esta materia [illegible] para [illegible] importante [illegible] viaje de [illegible] para [illegible] del país o que sea [illegible] de él.

1°. Si es dentro del país, las normas son que los niños [illegible] adolescentes pueden viajar acompañados por sus padres, representantes [illegible] responsables y, por otros, [illegible] personas requieren la autorización de un representante legal, expedida por el Consejo [illegible] Protección del Niño y del Adolescente, por [illegible] civil o mediante documento autenticado (LOPNA, art. 391).

[illegible] como garantía de autenticidad de la autorización [illegible] de ella.

2°. Si el viaje es fuera del país, las reglas son que los niños [illegible] adolescentes pueden viajar acompañados por ambos padres o [illegible] solo uno de ellos, pero con autorización del otro, extendida en documento autenticado, o cuando tienen un solo representante y viajan en compañía de éste; y que en caso de viajar solos o con terceras personas requieren autorización de quienes ejerzan su representación expedida en documento autenticado o por el Consejo de Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA, art. 392).

II. No se prevé [illegible] la siguiente hipótesis: que la persona o personas a quien corresponda otorgar el consentimiento para viajar se negara a darlo o hubiera desacuerdo para su otorgamiento. Siendo así, aquel de los padres que autorice el viaje o el niño si es adolescente pueden acudir al Juez y exponerle la situación a fin de que éste decida lo que convenga al interés superior del niño (LOPNA, art. 393).

CAPÍTULO XX
PATRIA POTESTAD: REPRESENTACIÓN Y ADMINISTRACION

Conceptos de poder de representación y de poder de administración. Representación del hijo sometido a patria potestad. Administración de los bienes del hijo sometido a patria potestad

CONCEPTOS DE PODER DE REPRESENTACION Y DE PODER DE ADMINISTRACION

I. El Código Civil establece que el padre y la madre que ejercen la patria potestad representan en los actos civiles a sus hijos menores y aun a los que están por nacer [illegible] y administran sus bienes (art. [illegible]). Se confieren a los padres correspondientes dos poderes distintos: el poder de representación y el poder de administración.

II. El poder de representación consiste en la facultad de celebrar actos jurídicos en nombre de otra persona, de manera que los efectos activos y pasivos de tales actos recaigan directamente en esa otra persona.

La fuente del poder de representación puede ser la voluntad del representado o la ley. En el primer caso se habla de representación voluntaria por su fuente, y en el segundo, de representación legal por su fuente.

El contenido del poder de representación puede estar determinado por la voluntad del representado o directamente por la

ley. En el primer caso se trata de representación voluntaria por [illegible] contenido y en el segundo de representación legal por su contenido.

II. El poder de representación que corresponde a los padres en ejercicio de la patria potestad [illegible] está fundado en la ley y es determinado en su contenido [illegible] por la ley, de modo que [illegible] una representación legal tanto por su fuente como por su contenido.

III. El poder de administración consiste en la facultad de dirigir [illegible] o gestionar los negocios o intereses económicos de [illegible] persona.

IV. En ocasiones el poder de representación y el de administración son distintos aunque en el caso de que estén reunidos en una sola persona [illegible] puede atribuirse a alguien un poder de representación sin darle poder de administración y viceversa. Así sucede frecuentemente [illegible] las sociedades [illegible] actos se suele confiar [illegible] poder de administración, mientras que el poder de representación [illegible] más miembros [illegible] dicha Junta [illegible] el presidente [illegible] apoderados.

REPRESENTACION DEL MENOR SOMETIDO A PATRIA POTESTAD

I. Atribución del poder de representación de los menores sometidos a patria potestad

1° Principio fundamental

En principio corresponde a los padres que ejercen la patria potestad el poder de representar a sus hijos menores y aun a los simplemente concebidos.

La representación del [illegible] se trata de aceptar donaciones hechas a un *concepturus* está [illegible] como hemos visto al padre o madre indicados por el donante (C.C. art. 1.143). Igual norma debe aplicarse por analogía cuando se trata de la aceptación de una herencia o legado que se [illegible] deferido por testamento a un *concepturus*.

2° Excepciones

Por excepción [illegible] de [illegible] patria potestad [illegible] al padre o a la madre correspondiente

A) Los padres menores de edad [illegible] representación [illegible] patria potestad. En consecuencia la ley [illegible] progenitores se encuentre [illegible] representación [illegible] del otro previa autorización [illegible] art. [illegible] ambos [illegible] especial [illegible] todas las reglas [illegible] poder de administración.

B) Los padres que [illegible] patria potestad pueden ser [illegible] representación [illegible] Juez [illegible] administración [illegible] parte de los bienes y la representación [illegible] de los hijos [illegible] del otro progenitor [illegible] intereses del menor (C.C., art. 267, ult. ap.)

C) [illegible] patria potestad [illegible] el Juez en caso de [illegible] administración de los bienes [illegible]

D) [illegible] progenitor [illegible] patria potestad [illegible] del hijo [illegible] Juez nombrará un curador especial para [illegible] representación [illegible] (art. [illegible])

E) [illegible] intereses entre los hijos y el padre [illegible] patria potestad [illegible] Juez nombrará a los menores un curador especial para que los represente en este asunto.

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible] a dichos bienes (v. *infra*)[2].

[illegible]

---

1 [illegible]

2 [illegible] (Rep. For. nº 11, págs. 311 y 312).

II. Extensión del poder de representación paterna

El principio fundamental para determinar la extensión del poder del padre o de la madre que ejerce la patria potestad para representar al menor consiste en que dicho poder se le otorga por finalidad remediar la incapacidad negocial del hijo. De este principio se deducen varias consecuencias:

1. En principio, la representación legal del padre se extiende a toda clase de negocios jurídicos, patrimoniales o no, ya que en principio la incapacidad negocial del hijo sometido a patria potestad es una incapacidad general, plena y uniforme.

2. Por excepción, el poder de representación legal no se extiende a:

A) Los actos que por su carácter personalísimo la ley no permite realizar por medio de representante o que solo permite realizar a través de representantes [illegible] por el representado. Entre tales actos, llamados actos estrictamente personales, se cuenta el testamento [illegible] en el caso del artículo [illegible] del Código Civil, el que propiamente no admite representación; el matrimonio, las capitulaciones matrimoniales, [illegible] entre cónyuges por causa de matrimonio [illegible] a la persona [illegible] la patria potestad sobre [illegible]

Precisamente porque respecto de tales actos la representación legal del padre no [illegible] está fijada por la ley, está en muchos casos [illegible] los menores adquieren capacidad plena o limitada para realizar dichos actos antes de alcanzar la mayoridad.

B) Los actos para los cuales el propio menor tiene capacidad plena (por ejemplo [illegible] realiza el hijo asistido o autorizado).

C) Los actos respecto de los cuales el poder de administración no está atribuido al padre o a la madre que ejerce la patria potestad.

3. El padre o la madre en el ejercicio de la patria potestad deben estar expresamente autorizados por el Juez competente para que

[illegible] del hijo, como se verá "infra"[5]

[illegible] 271).

ADMINISTRACION DEL PATRIMONIO DEL MENOR SOMETIDO A PATRIA POTESTAD

I. ATRIBUCION DEL PODER DE ADMINISTRACION DEL PATRIMONIO DEL MENOR SOMETIDO A PATRIA POTESTAD

1° Principio fundamental

Al igual [illegible] poder de [illegible] patria potestad [illegible] padres que la ejercen.

---

5 [illegible] como se verá *infra*.

El poder de administración de los bienes donados al *conceptus* corresponde al propio donante si éste no dispone otra cosa; y en su caso a los herederos del donante, quienes —a diferencia de aquel— pueden ser obligados a prestar caución (C.C., art. [illegible]). La administración de la herencia o legado deferida a personas *concebidas* se organiza conforme a las normas para la administración de instituciones testamentarias condicionales (C.C., art. [illegible]).

2° Excepciones

En ciertos casos, por excepción, el poder de administración no corresponde al padre o madre que ejerza la patria potestad.

A) Los padres menores de edad, sometidos a curatela de inhabilitados o que no sepan [illegible], no tienen la administración de los bienes de los hijos que estén bajo su patria potestad, así como no tienen su representación legal, con las consecuencias indicadas al tratar de esa representación.

B) Los padres que ejercen conjuntamente la patria potestad pueden ver modificados sus poderes de administración si el juez llega a acordar la administración de todo o parte de los bienes del hijo a uno solo de los padres, a solicitud de éste, oído el ministerio pupilar, siempre que ésto convenga a los intereses del menor (C.C., art. 267, últ. ap.).

C) Cuando se instituye al hijo heredero o legatario, o se le hace una donación, la facultad de decidir si se acepta o no se acepta la liberalidad corresponde en primer término al padre o la madre que ejerza la patria potestad, pero si éste o ésta no quiere o no puede aceptar en nombre del hijo la herencia, legado o donación, corresponde al juez, como hemos visto, decidir en definitiva acerca de su aceptación o no de la liberalidad (C.C., art. [illegible]).

D) La oposición de intereses afecta a los poderes de administración paternos en los mismos casos y con las mismas consecuencias señaladas al tratar del poder de representación.

E) En los negocios relativos a bienes excluidos de la administración paterna, el poder de administración corresponde a las personas que indicaremos *infra*.

F) El progenitor en ejercicio de la patria potestad puede ver afectados en mayor o menor grado sus poderes de administración a consecuencia de las medidas que tome el Juez en caso de que se compruebe plenamente la mala administración de los bienes de los hijos (C.C., art. 275).

Las medidas en cuestión sólo proceden cuando se compruebe plenamente la mala administración de los bienes de los hijos por parte del padre y de la madre que ejerzan la patria potestad, o de uno de ellos. No basta, pues, que exista temor fundado de que ocurra la mala administración [illegible], lo que es lamentable porque así el Juez nada puede prevenir al respecto.

Pueden solicitar las medidas cualquiera de los progenitores, ascendientes o parientes colaterales de los hijos que se encuentren dentro del tercer grado de consanguinidad, sin perjuicio de que el Juez proceda [illegible].

El procedimiento será breve y sumario [illegible] previsión de la reforma, pues antes se consideraba necesario [illegible] ordinario [illegible] y se limitará a recabar lo necesario para evacuar las pruebas y diligencias dirigidas a la comprobación de los hechos invocados por el solicitante o solicitantes, o las que el Juez considere pertinentes si se procede de oficio (C.C., art. 275, encab., 3ª disp.). Pero, además, el Juez tiene facultad para solicitar las informaciones y datos [illegible] que estime convenientes para el mejor esclarecimiento de los hechos, así como para ordenar la ampliación de las pruebas y de los recaudos producidos si los considera insuficientes (C.C., art. 275, ap. único).

Las medidas que puede tomar el Juez, si las considera procedentes, son en principio: conferir la administración exclusiva al progenitor que no esté incurso en la mala administración, si fuere el caso, o nombrar un curador especial a los bienes, sin cuya intervención no podrán los progenitores realizar ningún acto de administración (C.C., art. 275, encab., 1ª disp.). Pero si las circunstancias así lo exigieren, a juicio del Juez, éste podrá autorizar al curador para ejercer la administración activa, pero sin exceder las facultades que la ley asigna a los padres en la administración (C.C., art. 275, encab., 2ª disp.).

Sin embargo, el progenitor privado de la administración de los bienes del hijo podrá oponerse a cualquier acto que estime contrario a los intereses de este último, ocurriendo al Juez del domicilio del hijo (C.C., art. 270, encabezado). En tal hipótesis, el Juez adoptará su decisión con conocimiento de causa y después de haber oído al otro progenitor o al curador que tenga la administración de los bienes en cuestión (C.C., art. 270, ap. 1). Contra la decisión del Juez se oirá apelación libremente (C.C., art. 270, últ. ap.).

II. Bienes del Hijo Sujetos a la Administración Paterna

1° Principio fundamental

En principio, los progenitores que ejercen la patria potestad administran todos los bienes del hijo. Pero debe tenerse en cuenta que los bienes que el hijo adquiera con el aporte patrimonial del padre o de la madre, mientras esté bajo la patria potestad, pertenecen a ambos progenitores, quienes, sin embargo, deben reconocer al hijo una justa participación en las utilidades o ganancias como remuneración de su trabajo (C.C., art. 275, ap. único).

2° Excepciones

Por excepción no están sujetos a la administración paterna los siguientes bienes:

A) Los que la Ley de Reforma Parcial llama bienes excluidos de la administración paterna (C.C., art. 272), que son:

a) Los bienes que el niño adquiera por herencia, legado o donación con la condición de que los padres no los administren, en el entendido de que esa condición no podrá imponerse a los bienes que vengan al hijo por título de legítima (C.C., art. 272, ord. 1°). Esa facultad reconocida al testador y al donante tiene su fundamento en el hecho de que cada quien tiene, en principio, el poder de disponer libremente de sus bienes. Ahora bien, como necesariamente la legítima es la porción de la herencia sobre la cual el testador no tiene ningún poder de disposición, se explica que no pueda ejercer la facultad de referencia sobre los bienes que trasmite al menor a

título de legítima. Por lo demás, la facultad reconocida al testador y al donante responde también al interés de que éste no se abstenga de hacer una liberalidad al menor por recelo o desconfianza hacia sus padres. Y

6º. Los bienes que el hijo adquiera por donación, herencia o legado, aceptados en su interés contra la voluntad del padre y la madre que ejerzan la patria potestad. [illegible] la administración de tales bienes corresponderá al que hubiese querido aceptarlos (C.C., art. 272, ord. 2º).

Con la excepción indicada, los bienes señalados [illegible] el juez, siempre que el donante o el testador no hayan designado un administrador [illegible] art. 311).

Por lo demás, ese curador [illegible] el testador o el donante [illegible] la administración [illegible] la tutela [illegible] la patria potestad.

[illegible] de 1942 no preveía [illegible] del testador o donante [illegible] los padres [illegible] los bienes que [illegible] curador a tal efecto. [illegible] los padres no perdían el poder de administrar los bienes [illegible] por los hijos por donación, herencia o legado aceptados en su interés

[illegible]

contra la voluntad de sus padres, ya que éstos podían haber tenido buenas razones para no querer aceptarlos.

B) Los bienes que el hijo adquiera con ocasión de su trabajo u oficio (no p. ej., los adquiridos en una lotería), así como las rentas o frutos provenientes de los mismos (C.C., art. 273). En efecto, tales bienes, rentas o frutos, serán percibidos y administrados personalmente por él, si ha cumplido dieciséis (16) años, en las mismas condiciones que un menor emancipado (C.C., art. 273). Esta última previsión implica, como veremos, que en ciertos casos requerirá la autorización del Juez y en otros la asistencia de uno de sus progenitores que ejerza la patria potestad (C.C., art. 282 en relación con el citado art. 273).

Pero, debe tratarse de bienes adquiridos por el hijo sin el aporte patrimonial del padre o de la madre, puesto que de no ser así los bienes serán de los respectivos progenitores, aunque éstos deberán reconocerle una justa parte porcentual en las utilidades o ganancias como remuneración de su trabajo (C.C., art. 274, aparte único).

El Código de 1942 en esta materia concedía al hijo que hubiera cumplido los 18 años el poder de administrar sin necesidad de sujetarse a las normas sobre emancipación los bienes adquiridos por él sin el caudal paterno con su trabajo o industria, habitando fuera de la casa paterna con permiso del padre.

C) Los bienes adquiridos por el hijo en una sucesión donde el padre o la madre eran indignos de suceder (C.C., art. 815, aparte único).

D) Los bienes subrogados a los anteriores, que son: a) los bienes adquiridos a cambio de ellos mediante negociación jurídica (p. ej., el precio de su venta); b) los bienes adquiridos en razón de ellos (p. ej., sus cánones de arrendamiento o frutos naturales); y c) la indemnización obtenida por la destrucción, privación o menoscabo de ellos.

III. EXTENSIÓN DE LAS FACULTADES PATERNAS DE ADMINISTRACIÓN

El principio fundamental en la materia es que los padres pueden realizar todos los actos de administración del patrimonio de sus hijos sin necesidad de cumplir formalidades habilitantes, que sólo son requeridas por excepción para celebrar válidamente los actos

[illegible]

[illegible]

- [illegible] (C.C., art. 267, ap. 2)[5], y,
- [illegible] (C.C., art. 267, ap. 3)[6]

[illegible]

> [illegible] año" (C.C., art. 267, ap. 1).

[illegible]

IV. Clasificación de los actos de administración patrimonial

[illegible] extraordinaria.

[5] [illegible]

[illegible]

1° Actos de conservación o conservatorios

Estos actos son los que reúnen las condiciones de: A) ser necesarios para sustraer de un peligro inminente a uno o más elementos del patrimonio, y B) no implicar sino a lo más un gasto insignificante en relación con las posibles consecuencias del peligro.

Los actos de conservación pueden ser de conservación material (p. ej.: reparaciones de edificios que amenacen ruina, siempre que su costo sea insignificante) o de conservación jurídica (p. ej.: registro de un documento, interrupción de la prescripción, etc.).

2° Actos de simple administración y actos que exceden de ella

Estas dos categorías de actos no pueden ser definidas aisladamente. Para distinguirlos existen varios criterios fundamentales, dentro de los cuales a su vez caben diversas modalidades.

A) *Criterio de la naturaleza jurídica objetiva del acto.* De acuerdo con este criterio basta examinar la naturaleza jurídica que objetivamente tiene el acto para determinar si excede de la simple administración o si es de simple administración. En efecto, si en virtud del acto sale del patrimonio un bien sin compensación como ocurre en la donación, o con compensación como sucede en la venta o permuta, o se corre peligro de que ello suceda (hipoteca), el acto es un acto de disposición o que excede de la simple administración. En cambio, si el acto no acarrea por efecto que salga ningún bien del patrimonio ni crea el peligro de ello (p. ej.: el arrendamiento), el acto es de administración o de simple administración, a menos que reúna las condiciones arriba indicadas para los actos de conservación.

De acuerdo con este criterio basta precisar cuál es la naturaleza jurídica del acto y, en particular, los efectos que en virtud de esa naturaleza produce respecto del bien a que se refiere.

Los partidarios de este criterio suelen clasificar los actos que exceden de la simple administración en tres categorías: 1) las enajenaciones, que se caracterizan por producir la pérdida total o parcial de un elemento del patrimonio (con o sin compensación) mediante su transmisión intencional a otra persona (p. ej.: la donación, venta, permuta, constitución de usufructo, etc.); 2) las renuncias

que se caracterizan por causar la pérdida de un elemento del patrimonio sin que se persiga la finalidad de transmitirlo a otro (p. ej.: la renuncia de herencias o legados, la remisión de deudas, etc.); y 3) Las disposiciones propiamente dichas, que se caracterizan por exponer a la persona a la pérdida de bienes (p. ej.: la hipoteca, fianza, prenda, mutuo, etc.).

Cualquiera que sean los méritos de este criterio, es insostenible porque conduce a resultados prácticos inaceptables. Así, por ejemplo, habría de calificarse como acto de disposición la venta de botellas o periódicos viejos, con la consecuencia de que los padres en ejercicio de la patria potestad no podrían vender esos bienes del hijo sin previa autorización judicial.

B. *Criterios económicos.* Si se ha de aceptar la necesidad de distinguir entre actos de simple administración y actos de disposición es [illegible] a que con ellos pueden causarse diversos perjuicios al menor, es lógico que la distinción entre ambas categorías de actos atienda a la trascendencia económica de los mismos. De allí que se hayan propuesto varios criterios económicos de distinción.

a) El criterio económico más rudimentario consiste en calificar de actos de simple administración a aquellos que sólo afectan o pueden afectar a la renta y de actos de disposición a los que afectan o pueden afectar al capital. Pero tal criterio no puede ser acogido sin reservas ya que, cuando se trata de la administración paterna, la ley considera que el arrendamiento por más de tres años excede de la simple administración a pesar de que sólo afecta la renta. Por otra parte, es lógico pensar que el legislador haya querido someter al régimen más severo característico de los actos de disposición algunos actos que, si bien sólo afectan la renta, tienen gran trascendencia para la persona de que se trata (p. ej.: por el largo tiempo durante el cual afectan dicha renta).

b) Conforme al criterio económico clásico, son actos de simple administración los actos que, sin ser conservatorios en el sentido arriba expuesto, tienden a la conservación o mejoramiento del patrimonio sin comprometer la existencia de éste o de una parte considerable del mismo; mientras que son actos que exceden de la simple administración aquellos que comprometen la existencia del patrimonio o de una parte considerable del mismo.

De acuerdo con este criterio lo que importa determinar es la trascendencia del acto de que se trata en relación con el patrimonio de la persona correspondiente y no en relación con el bien aislado a que se refiere el acto. En consecuencia, conforme a este criterio, un acto puede ser acto de disposición para una persona de escasos medios económicos y acto de simple administración para una de amplios recursos.

c) *La consideración de la institución*. Por otra parte, una importante corriente doctrinaria destaca que la calificación de acto de simple administración o de disposición depende también de la institución que se considera. Así, por ejemplo, un acto que realizado por el padre o la madre en ejercicio de la patria potestad constituye un acto de simple administración, podría constituir un acto de disposición si lo realiza un tutor. Este parecer se fundamenta en la idea de que la distinción anotada tiene por finalidad crear un régimen más severo para ciertos actos en protección del [illegible] y de que, por ende, es perfectamente comprensible que el legislador someta a régimen más severo un número mayor de actos cuando tiene menos confianza en [illegible] y, por el contrario, [illegible] cuando están sometidos a más riguroso control.

[illegible] *Conclusiones*. Aun cuando el tema es amplio y este controvertido, creemos que [illegible] criterio económico usual y que dicho criterio debe ser complementado con la consideración de la institución correspondiente. De esta última afirmación se deduce que se puede sostener que los actos para los cuales los tutores requieren autorización judicial son actos de simple administración cuando los realizan los padres en ejercicio de la patria potestad y que, en caso contrario, habría que llegar a la conclusión de que [illegible] patria potestad [illegible] la tutela, lo cual contraría la preferencia que la ley reconoce a la patria potestad sobre la tutela.

El criterio de la naturaleza jurídica objetiva del acto y el criterio [illegible] de la [illegible]

[illegible] a ser actos de disposición.

V. Formalidades habilitantes para la celebración de los actos que excedan de la simple administración

[illegible] autorización judicial.

[illegible] judicial[7].

1° Condiciones de la autorización

A. [illegible]

B. [illegible]

[7] [illegible]

particiones (C.C. art. 1.078, ap. 1.°). Sin embargo, la nulidad del acto desaparece si después de celebrado se obtiene la autorización judicial.

2° Naturaleza de la autorizacion

La autorización judicial, por su naturaleza, no impone el deber de realizar el acto autorizado, sino que constituye una condición de la validez de éste. Sin embargo, como la autorización sólo se otorga cuando el Juez estima que el acto es de evidente necesidad o utilidad para el hijo, los padres que no realicen el acto autorizado pueden ver comprometida su responsabilidad (si no prueban la imposibilidad de realizarlo, o desvirtúan su evidente necesidad o utilidad [illegible] en razón de haber ocurrido cambio de circunstancias después de obtenida la autorización).

3° Competencia Judicial

El Juez competente para conceder o negar la autorización requerida era, de acuerdo con la reforma, el Juez de Menores en todo caso.

Anteriormente se consideraba [illegible] no había cumplido 18 años, la competencia correspondía a los Jueces de Menores, pero para el caso contrario estaba atribuida a los Jueces de Primera Instancia en lo Civil[8].

Sin embargo, el Código del 42 atribuía competencia al Juez de Departamento o Distrito cuando el acto para el cual se solicitaba autorización se refería a bienes o derechos cuyo valor o precio [illegible] no excediera de dos mil bolívares.

Por otra parte, lamentablemente la reforma del 82 no conservó la norma de que si el Juez competente para conceder la autorización no

8 Sin embargo el Juez Superior [illegible] de Menores [illegible] N.° 1.058 [illegible] J.T.R. vol. XI, tomo II, págs. [illegible] la competencia correspondía [illegible] la autorización [illegible] patria potestad para realizar actos que excedan de la simple administración.

residía en el lugar donde el menor tenía su domicilio; podía presentarse la solicitud y evacuarse las diligencias necesarias ante cualquier Juez de Parroquia o Municipio, quien luego remitía lo actuado con oficio al Juez competente para decidir.

La LOPNA previó la creación de unos órganos jurisdiccionales especiales para la protección de los menores: los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente constituidos por una Sala de Juicio compuesta por Jueces profesionales que conocerán directa y unipersonalmente de los asuntos que les sean asignados por el presidente de la Sala y una Corte Superior integrada por una o más Salas de Apelaciones que se formarán con tres Jueces profesionales cada una quienes actuarán colegiadamente para conocer cada asunto en apelación que le asigne el presidente de la Corte (LOPNA, arts. 175 y 176). Además la ley citada dispuso que la Sala de Casación Civil de la Suprema Corte de Justicia (que [illegible] la Constitución vigente se denomina Tribunal Supremo de Justicia) conocerá del recurso de casación en la materia.

Ahora bien, la LOPNA enumera en cuatro parágrafos separados las materias que son competencia de las antes mencionadas Salas de Juicio (art. 177). En el segundo parágrafo, que se refiere a los "Asuntos patrimoniales y del trabajo", la letra a) señala la "Administración de los bienes y representación de los hijos", mientras que en el parágrafo cuarto ("Otros asuntos"), la letra e) señala las "Autorizaciones requeridas por los padres, tutores y curadores". Cabría por tanto dudar si las autorizaciones a que nos referimos deben regirse por las normas relativas a las materias del parágrafo segundo por referirse a la administración de los bienes o representación de los hijos o si deben regirse por las normas relativas a las materias del parágrafo cuarto por tratarse de autorizaciones requeridas por los padres. Sin exponer las razones en que nos apoyamos, señalamos que en nuestro criterio estamos en el campo del parágrafo cuarto. En todo caso, la cuestión podrá discutirse a fondo en el correspondiente curso de Derecho Procesal.

4º Procedimiento. Precisamente por lo expuesto entendemos que en materia de las autorizaciones de que tratamos no se aplica ninguno de los nuevos Procedimientos Contenciosos que en Asuntos de Familia y Patrimoniales regula la LOPNA en el Capítulo IV de su Título IV, ni las normas a las que este remite sino que sigue en

vigencia el sistema que regía la materia antes de que entrara en vigencia la LOPNA y que es el siguiente:

4° Procedimiento

A) Cualquiera de los progenitores que ejerza la patria potestad —personalmente o por medio de apoderado— puede solicitar la autorización al Juez por escrito, en papel común y sin estampillas. En dicha solicitud o en escrito posterior deberán indicarse las razones por las cuales el solicitante considera que el acto es de evidente necesidad (p. ej., por requerirse para pagar una deuda vencida o próxima a vencerse o hacer reparaciones urgentes o indispensables en algún bien) o de evidente utilidad para el menor (p. ej., por aumentar sus rentas o proporcionarle una ganancia de capital). Deberá expresarse además, si fuere el caso, la inversión que se pretende dar a los fondos provenientes del acto. Así, por ejemplo, si se solicita autorización para vender un bien, debe indicarse en qué se va a invertir el precio que se reciba.

B) El solicitante deberá probar la evidente necesidad o utilidad del acto que se propone realizar. De ordinario, en tiempos pasados, los jueces se contentaban con simples pruebas testificales, lo que resultaba criticable en los casos en que era necesario demostrar circunstancias que requieran conocimientos especiales (p. ej., el valor de unos terrenos), ya que entonces debería recurrirse a una experticia.

C) El Juez deberá oír al otro progenitor (C.C., art. 267, ap. único), norma que consideramos dictada sólo para el caso de que éste no haya suscrito también la solicitud, ni se hiciere separadamente el escrito donde se expongan las razones por las que se considere de evidente necesidad o utilidad para el menor el acto cuya autorización se solicita.

D) Cuando el hijo tenga más de 12 años, el Juez deberá oír su opinión al respecto, a título meramente consultivo (C.C., art. 267, ap. único). Es aplicable al caso de que tratamos la norma relativa a la tutela de menores que exime de la audiencia del menor cuando éste no se encuentra en el país (C.C., art. 334).

E) Conforme a la reforma de 1982 también es necesario notificar de la solicitud al Ministerio Público (C.C., art. 267, encabezamiento) y oír su opinión (C.C., art. 267, ap. 4).

E) El Juez puede tomar tres decisiones distintas:

a) Mandar a ampliar las pruebas presentadas por encontrarlas insuficientes, pues si bien la ley no prevé [illegible] en el caso de patria potestad, [illegible] se opone a que por analogía se aplique la previsión existente en materia de tutela (C.C., art. [illegible]).

b) Negar la autorización solicitada, lo que deberá hacer si [illegible] de evidente [illegible] o utilidad para el hijo o si se estima que la inversión que pretende darse a los fondos provenientes del [illegible] no es conveniente [illegible].

c) Acordar la autorización solicitada, lo que deberá hacer [illegible] y [illegible] al Ministerio Público [illegible] necesario al menor. Además [illegible] la autorización [illegible] evidente necesidad o utilidad del acto para el menor [illegible] darse a los fondos correspondientes [illegible] la autorización [illegible] pena de ser [illegible] personalmente (C.C., art. 269, ap. único).

d) Si el Juez niega la autorización [illegible] dentro de los [illegible] días [illegible] (C.C., art. 269, ap. único, últ. disp.), lo que constituye [illegible] la reforma del 82.

E) La sentencia [illegible] procedimientos relativos a la autorización de referencias y [illegible] la copia certificada que se expida en su caso, autorización [illegible] el Juez [illegible] papel común y sin estampillas por aplicación de las reglas generales en la materia.

F) De igual modo se aplica al procedimiento de autorización la otra norma general de que:

> [illegible]
> aplicación

VI. ACTOS PROHIBIDOS AL PADRE EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DEL HIJO.

Además de la limitación de que el padre requiere cumplir formalidades habilitantes para realizar actos de disposición sobre el patrimonio del hijo, existen otras limitaciones más radicales ya que la ley le prohíbe ciertos actos que por tanto no puede realizar válidamente en ningún caso.

1° Prohibiciones

A) En materia contractual, el padre o [illegible] que ejerza la patria potestad no puede comprar, ni aun en pública subasta, ni directamente ni por intermedio de otras personas, los bienes de sus hijos sometidos a su potestad, salvo en tres casos de excepción que se examinarán en el curso de [illegible] (C.C. art. 1.482).

B) En materia sucesoria, el padre o la madre no puede aceptar las herencias deferidas a sus hijos sometidos a su potestad en forma pura y simple, sino a beneficio de inventario (C.C. art. [illegible]).

[illegible]

defendas a los menores (y a otras personas)

[illegible]

2º Prohibiciones derivadas del fin de la administración paterna

[illegible]

[illegible] prestado

[illegible] prohibido

VII. Garantías de las resultas de la administración paterna

La ley no exige al padre ni a la madre que constituyan garantías (por ej., hipoteca, fianza, prenda, etc.) para asegurar las resultas de la administración del patrimonio de los hijos sometidos a su patria potestad porque confía fundamentalmente en el afecto entrañable que de ordinario tienen los padres por sus hijos.

Sin embargo, aun cuando no llega a exigir la constitución de las garantías señaladas, el legislador establece preceptos especiales respecto de la administración paterna en dos casos excepcionales.

1º Cuando está comprometida la buena administración paterna de los bienes del hijo, caso en el cual el juez debe tomar las medidas que ya hemos señalado (V. *supra* IV. Atribuciones del poder de administración, 2º, letra F), y,

2º Cuando el padre o la madre que tenga bajo su patria potestad pretenda contraer matrimonio.

En este caso, el progenitor se dirigirá al juez para que nombre un curador *ad hoc* a sus hijos (C.C., art. 110 ...); el juez tiene poder discrecional en la selección de dicho curador (C.C., art. 110, ap. 1).

Si los hijos tienen bienes propios, el juez procederá a formar su inventario con intervención del curador, del progenitor que ejerce la patria potestad y de dos testigos para tal efecto. Si existen bienes fuera del lugar de residencia del juez y la naturaleza de los mismos así lo requiera, el juez del domicilio dará comisión para practicar el inventario con las formalidades señaladas (C.C., art. 111, ap. 2), con intervención del mismo curador y de los dos testigos (C.C., art. 110, aps. 1º y 2º).

Si no se conocieren bienes de los hijos, el curador, hechas las averiguaciones del caso, así lo hará constar (C.C., art. 110, ap. 3).

El funcionario competente no podrá autorizar el matrimonio del que tuviere hijos bajo su patria potestad mientras no le sean presentadas las garantías de los intereses de los menores (C.C., art. 111), pero si no obstante, el matrimonio llega a celebrarse, ambos cónyuges

serán solidariamente responsables de los perjuicios que ocasionen a los hijos (C.C. art. 112).

La exigencia de las formalidades anteriores tiende a hacer constar los bienes que tengan los hijos para el momento en que contrae matrimonio el padre o la madre bajo cuya patria potestad se encuentran. Con ello se previene o, cuando menos, se facilita el remedio de una mala administración paterna que la ley considera menos improbable en el caso de referencia, en razón de la influencia del cónyuge no progenitor.

VIII. Responsabilidad paterna por la administración de los bienes del hijo

El padre y la madre responden solidariamente de los bienes de los hijos [illegible] procedentes de los mismos (C.C. art. 27[illegible]). Esta norma expresa, introducida por la reforma de 1982, en nuestro concepto implica que ahora, sin duda alguna, los hijos pueden exigir a los padres rendición de cuentas de la administración de sus bienes mientras aquellos estuvieron sometidos a su patria potestad, cuestión que era debatida bajo el imperio del Código de 1942.

Capítulo XXI
PATRIA POTESTAD: DERECHOS PATERNOS SOBRE EL PATRIMONIO DEL HIJO

La situación desde la Ley de Reforma Parcial. El régimen del Código Civil de 1942. Generalidades sobre el usufructo legal: atribución, bienes sometidos, cargas y extinción.

LA SITUACIÓN DESDE LA LEY DE REFORMA PARCIAL

La Ley de Reforma Parcial del Código Civil dejó de conferir a los padres que ejercen la patria potestad derechos sobre el patrimonio de sus hijos y sólo les dejó el poder de administrarlo en los términos expuestos en el capítulo anterior. En efecto, la reforma de 1982 suprimió el usufructo que en virtud de la ley tenía anteriormente el padre o la madre sobre el patrimonio de los hijos sometidos a su patria potestad[1].

1 De acuerdo con la definición [illegible]

Sin embargo, la Reforma en el Título De la Patria Potestad dispone que el padre y la madre podrán, no obstante, deducir de las rentas de los [illegible] necesario para proveer en primer término a los gastos de alimentación, educación e instrucción de los hijos y en segundo término para proveer el mantenimiento de las hermanas o hermanos menores de edad que habiten en su casa (C.C., art. 274 ap. 1º). Y añade que

> [illegible] 274, ap. ult.)

Sin embargo, [illegible] frente a los padres.

La LOPNA [illegible] esas normas de la reforma del 82.

EL REGIMEN DEL CODIGO DE CIVIL DE 1942

El Código Civil de 1942 en cambio [illegible] un verdadero derecho del padre o de la madre sobre los bienes de los hijos sometidos a su patria potestad: el usufructo legal.

[illegible] (usufructo legal).

[illegible] ascendientes" no es susceptible de hipoteca.

I. GENERALIDADES SOBRE EL USUFRUCTO LEGAL

1° Concepto

El usufructo legal era el derecho real que en virtud de la ley tenía el padre o la madre de usar y gozar del patrimonio de los hijos sometidos a su patria potestad, con las excepciones y cargas que la propia ley establecía.

2° Fundamento

A) Clásicamente se señalaron al usufructo legal dos fundamentos:

a) Por una parte, se consideró que el usufructo legal era la indemnización concedida al padre o a la madre por los gastos de mantenimiento, educación y alimentación de los hijos sometidos a su patria potestad. Este fundamento se impugnaba porque el hijo no debía una indemnización a sus progenitores por tal respecto, ya que estos gastos constituyen una obligación para los padres y porque la propia ley negaba el usufructo legal a algunos padres que, sin embargo, estaban obligados a mantener, educar y alimentar a sus hijos.

b) Por otra parte, se afirmaba que el usufructo legal tenía por finalidad evitar una rendición de cuentas que podía ser muy engorrosa. A ello se objetaba que las mismas dificultades se presentan en otros regímenes de incapaces, [illegible] usufructo legal. Pero, a su vez, se replicaba que en tales regímenes no existía el mismo interés de evitar conflictos derivados de la rendición de cuentas porque el obligado a rendirlas no era uno de los progenitores del menor.

B) Algunos autores consideraban que el usufructo legal correspondía a la voluntad presunta de quien transmitía bienes al menor o del propio hijo. Dicha presunción parecía aventurada y no explicaba el usufructo legal en su totalidad.

C) Buena parte de la doctrina afirmaba que el usufructo legal desnaturalizaba la patria potestad por considerar que dicho derecho estaba establecido en interés del padre, a pesar de que la patria potestad no debe estar organizada en interés de este. Sin embargo, cabe observar que el usufructo legal también implicaba cargas establecidas a favor del hijo.

3º Naturaleza jurídica

El usufructo legal era un verdadero usufructo, pero en razón de su carácter familiar se regía por algunas normas especiales.

A) El usufructo legal era un verdadero usufructo. De aquí que:

a) El padre o la madre adquirían los frutos del patrimonio del hijo conforme a las normas generales sobre adquisición de los frutos por parte del usufructuario (C.C. art. 588 y siguientes).

b) El padre y la madre estaban sometidos en el ejercicio de su derecho a las mismas obligaciones y cargas que los usufructuarios ordinarios (C.C. art. [illegible] y siguientes), con las salvedades que luego se harán.

c) Las causas de extinción del usufructo en general (C.C. art. 619 y siguientes) eran aplicables al usufructo legal en tanto en cuanto ello fuera posible por la naturaleza de la materia.

B) El usufructo legal estaba sujeto a ciertas reglas especiales:

a) El padre o la madre que tenían el usufructo legal no estaban obligados a dar caución de hacer uso de sus derechos como un buen padre de familia (C.C. art. [illegible]). La Ley consideraba suficiente garantía el afecto paterno.

b) Según buena parte de la doctrina, siempre el usufructo legal no era cesible, ni gravable, ni embargable. La jurisprudencia francesa introdujo la mitigación de que podía cederse, gravarse o embargarse la parte de la renta que excediera de los gastos y cargas del usufructo legal. Entre nosotros, a) la ley acogió el criterio francés en materia de embargo (v. C.C. art. 1599); b) el usufructo legal no era susceptible de hipoteca (C.C. art. [illegible], ord. 2º); y c) aun cuando no había disposición expresa sobre la posibilidad de cederlo, podía sostenerse que la cesión de tal derecho en sí mismo no era lícita, aunque podía cederse la parte de la renta que excediera de las cargas del usufructo.

c) El usufructo legal, en principio, era absolutamente irrenunciable por estar comprendido dentro de las normas que organizaban la patria potestad que en principio son de orden público. Sin embargo, se discutía acerca de la validez de la renuncia del usufructo legal realizada en favor del propio hijo, la cual consideramos válida.

d) El usufructo legal, como se verá *infra*, estaba sometido a cargas especiales.

D) Como también se verá *infra*, el usufructo legal tenía causas específicas de extinción.

II. ATRIBUCIÓN DEL USUFRUCTO

1° Principio

El usufructo legal correspondía al padre o a la madre que ejercía la patria potestad (C.C. art. 272, inciso 1) salvo las excepciones establecidas por la ley.

Si el progenitor que ejercía la patria potestad estaba casado bajo el régimen de la comunidad legal de bienes, lo que producía el usufructo que le correspondía sobre los bienes de sus hijos, aunque éstos fueran de anterior matrimonio, pertenecía a la comunidad conyugal (C.C. art. 1592). Sin embargo, cuando una mujer con hijos bajo su patria potestad contraía matrimonio, el usufructo legal sobre los bienes de sus hijos pertenecía siempre a la madre y no a la comunidad conyugal (C.C. art. 281, apartado final).

2° EXCEPCIONES

La ley establecía cuatro excepciones al principio de que el progenitor en ejercicio de la patria potestad tenía el usufructo legal.

A) Para evitar las adopciones interesadas, la ley no concedía el usufructo legal a los adoptantes que ejercían la patria potestad si se trataba de una adopción simple (Ley sobre Adopción, art. 10, 1ª disp.)[2].

B) No tenían el usufructo legal el padre o madre de sangre que ejercieran la patria potestad si el hijo había sido adoptado con adopción simple (Ley sobre Adopción, art. 10, 2ª disp.).

C) Para fomentar el pronto reconocimiento de los hijos naturales, la ley disponía que tampoco tendrían el usufructo legal los padres naturales que reconocieran al hijo después de haber sido ... sentencia ... la partida de nacimiento (C.C. art. 275, apartado 2ª disp.). Con todo, debe observarse que dicho progenitor podía adquirir el derecho de referencia si posteriormente legitimaba al hijo, y

2 No ocurría lo mismo cuando la adopción era plena, porque la magnitud de los efectos de ésta minimizaba el peligro de que se usara por motivos mercenarios.

D) Por último, pierde el usufructo legal el padre o la madre que teniendo a los hijos bajo su patria potestad contrae matrimonio sin cumplir las formalidades exigidas por la ley (C.C. art. 131, ord. 4º).

III. BIENES SOMETIDOS AL USUFRUCTO LEGAL

1º Principio

En principio, el usufructo legal se refería a todos los bienes del hijo considerados en su conjunto, de modo que constituía un derecho sobre el patrimonio del hijo.

2º Excepciones

Por diversas causas se excluían del usufructo legal los siguientes bienes:

A. Los bienes que adquiriera el hijo por herencia, legado o donación con la condición de que el padre no tuviera el usufructo de ellos; pero debe advertirse que esa condición no podía imponerse a los bienes que vinieran al hijo por título de legítima (C.C. art. 275, ord. 1º).

La facultad que tenía en principio el transmitente para excluir el usufructo del padre encontraba su fundamento teórico en la facultad que cada quien tiene de disponer libremente de sus bienes, salvo limitaciones legales. La imposibilidad de establecer la exclusión cuando se trataba de bienes recibidos por el hijo a título de legítima se justificaba porque precisamente la legítima es la parte de los bienes de los cuales el testador por imperativo legal no puede disponer en forma alguna.

Por otra parte, la facultad de excluir al padre del usufructo de los bienes a que nos referimos evitaba que una persona se abstuviera de hacer una liberalidad a favor de un menor por la sola razón de no querer que su padre gozara del usufructo de los bienes correspondientes.

Debe destacarse que las facultades que tenía el causante para excluir al padre del usufructo legal y para excluirlo de la administración de los bienes que transmitía al hijo por herencia, legado o donación eran facultades diferentes, de modo que la cláusula por la cual se excluyera al padre del usufructo legal sin hacer referencia a la administración de los bienes, dejaba

en pie el poder paterno de administración, así como la cláusula por la cual se nombraba curador para la administración de los bienes sin hacer referencia al usufructo legal sobre los mismos, dejaba en pie ese derecho paterno[4].

B) Los bienes adquiridos por el hijo por herencia, legado o donación para seguir una carrera, oficio o profesión (C.C., art. 273, ord. 2°), algo que hacía presumir al legislador que el trasmitente había querido excluir el usufructo paterno.

C) Los bienes que el hijo adquiriera por herencia, legado o donación aceptados en interés del hijo contra la voluntad del padre (C.C., art. 273, ord. 3°), aunque con ello no se pretendía sancionar al padre, que podía haber tenido buenas razones para no aceptar tales bienes. Lo que ocurría es que la negativa del padre a aceptar implicaba su renuncia al usufructo legal sobre los bienes.

D) Los bienes adquiridos por el hijo con su trabajo o industria habitando fuera de la casa paterna con permiso de su padre (C.C., art. 273, ord. 4°). Además, debía tratarse de bienes adquiridos por el hijo sin el caudal del padre, puesto que si habían sido adquiridos con el caudal de éste, no pertenecían al hijo sino al padre.

E) Los bienes adquiridos por el hijo en una sucesión en la cual el padre era indigno de suceder (C.C., art. 815, ap. único).

F) Los bienes que se subrogaran a los anteriores.

IV. Cargas del Usufructo Legal

La ley limitaba el beneficio que representaba para el padre el usufructo legal, al señalar a éste las siguientes cargas:

1- Los gastos de alimentos, educación e instrucción del hijo (C.C., art. 274, ord. 1°). A pesar de que la ley le imponía a los padres el deber de mantener, educar e instruir a sus hijos, independientemente de que tuvieran el usufructo legal de los bienes de éstos o de que no lo tuvieran (C.C., art. 282), la norma que señalaba la correspondiente carga del usufructo legal no era superflua. En efecto

4 Expresamente dejó [illegible] art. 311 [illegible] XI, pp. 140-144).

la aludida obligación tenía como límite los recursos del padre, mientras que la carga tenía como límite el rendimiento del usufructo; de modo que cuando el padre tenía el usufructo legal estaba obligado a mantener, educar e instruir al hijo no sólo en proporción a sus propios recursos sino también en proporción al rendimiento que le produjera el usufructo legal sobre los bienes del hijo.

2° El pago de las anualidades o intereses de los gravámenes (p. ej. hipotecas) que pesaran sobre los bienes del hijo sobre los cuales tiene el usufructo, desde el día en que comienza éste (C.C. art. 274, ord. 2º).

3° Las demás obligaciones a que está sometido todo usufructuario.

Si el padre no atendía a las cargas enumeradas, cualquiera de los parientes del hijo dentro del cuarto grado de consanguinidad podía compelerlo judicialmente a cumplir las correspondientes obligaciones (C.C. art. 275).

V. Terminación del Usufructo Legal

1° El usufructo legal cesaba por extinción de la patria potestad (C.C. art. 276). Sin embargo, el padre o los herederos de éste eran responsables por los frutos existentes para el día en que el hijo propusiera la demanda si, aun después de la extinción del usufructo legal, el padre continuaba en el goce de los bienes del hijo, viviendo con él, siempre que éste no tuviera poder o mandato del hijo o éste se hubiera opuesto a tal goce; si lo tuviera poder o mandato del hijo, en tal caso no existiera condición de dar cuenta de los frutos (C.C. art. 277). Esta norma implicaba una suerte de continuación atenuada del usufructo legal, ya que el padre hacía suyos los frutos de que dispusiera antes del día de la demanda.

2° Existía la opinión de que el padre o la madre perdían el usufructo legal cuando eran privados totalmente de la administración activa del patrimonio del hijo conforme al artículo 28[illegible] del Código Civil y de que en tal caso el usufructo legal no pasaba ni al curador especial ni al otro progenitor, ya que ni uno ni otro adquirían la patria potestad sobre el hijo.

Sin embargo, creíamos, con Dominici, que nada había en nuestras leyes que permitiera afirmar que el usufructo legal se extinguía cuando el padre era privado de la administración de los bienes del hijo.

3. Se extingue [illegible] (art. [illegible]).

[illegible]

A) La muerte [illegible] usufructo legal precisamente porque [illegible] patria potestad (C.C. art. 276).

B) [illegible]

C) [illegible] patria potestad [illegible] también por extinción de la patria potestad.

D) [illegible] *a patre filii*.

Capítulo XXII
TUTELA DE MENORES: GENERALIDADES

Concepto de la tutela y clasificación de la misma. Concepto y clasificación de la tutela de menores. Principios fundamentales de la tutela de menores. Observaciones históricas y de derecho comparado sobre la tutela de menores. Tutela de menores, familia de origen y familia sustituta

CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE LA TUTELA

I. Concepto de la tutela

La palabra tutela tiene en Derecho diversas acepciones relacionadas todas con la idea de protección; aquí nos interesan especialmente las siguientes:

1ª Entendida como institución, la tutela es la institución de protección de las personas que no se encuentran bajo la patria potestad de nadie, pero que requieren representación legal y protección de, por lo menos, algún interés no patrimonial.

2ª También se entiende por tutela el cargo, la función o la actividad propia del tutor y a veces también cualquier cargo, función o actividad de un órgano cualquiera de la tutela.

A menos que del texto resulte lo contrario, emplearemos siempre la voz *tutela* en el sentido que le corresponde como institución de protección.

II. Clasificación de la tutela

En nuestro Derecho existen tres clases de tutela: la tutela de menores (niños y adolescentes), la de entredichos por defecto intelectual y la de entredichos por condena penal. Algunos autores prefieren adoptar una clasificación bipartita: la tutela de menores y la tutela de mayores que comprendería a su vez las dos tutelas de entredichos, pero en esa forma se reúnen dos variedades de tutela (las dos tutelas de entredichos) para contraponerlas a la otra (la tutela de menores) a pesar que estas dos variedades presentan entre sí mayores diferencias que las existentes entre una de ellas (la tutela de entredichos por defecto intelectual) y el término contrapuesto (la tutela de menores).

CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE LA TUTELA DE MENORES

I. Concepto de tutela de menores

Entendida como institución, la tutela de menores es el régimen de protección aplicable a los niños y adolescentes que no se encuentran bajo patria potestad, pero cuya protección requiere su representación legal y comprende, por lo menos, algún interés no patrimonial.

II. Clases de tutela de menores

Nuestra tutela de menores, hasta la entrada en vigencia de la L.O.P.N.A., podía clasificarse en tutela ordinaria de menores y tutela del Estado. La primera constituía el régimen de Derecho común aplicable a la generalidad de los menores necesitados de tutela y la segunda era un régimen de excepción creado para los menores declarados en estado de abandono, o que se encontraban en circunstancias en que, a criterio del Juez, serían protegidos adecuadamente bajo el régimen de la tutela ordinaria.

La tutela ordinaria de menores solo comprende un régimen de protección. La clasificación de la misma en tutela testamentaria,

legítima y dativa no era una clasificación de regímenes tutelares sino de modos de delación del cargo de tutor. La clasificación de la tutela ordinaria de menores en tutela permanente, interina y *ad hoc* sólo es una clasificación de los tutores de acuerdo con las funciones que se le atribuyen. Estas dos clasificaciones mencionadas no implican distintos regímenes de protección dentro de la tutela ordinaria de menores, sino distintos tipos de tutores dentro de un régimen siempre idéntico.

La tutela del Estado también comprende un solo régimen de protección de acuerdo con la L.T.M., a diferencia de lo que ocurría conforme al E.M.

Actualmente hemos vuelto al sistema de que hay un solo régimen de tutela de menores: el régimen del Código Civil. La L.O.P.N.A. sustituye la tutela del Estado por otro régimen de protección: la "colocación".

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA TUTELA DE MENORES

1. ENUNCIADO

La tutela de menores está informada por dos principios opuestos: un principio de analogía con la patria potestad que conduce a regularla a imagen y semejanza de ésta, precisamente por cuanto la tutela tiene como finalidad prestar a los niños y adolescentes la misma protección que les prestaría la patria potestad; y un principio de diferenciación entre tutela de menores y patria potestad, que encuentra su fundamento en que la tutela no cuenta con el concurso de los padres para la protección del pupilo.

Ambos principios pueden a su vez conjugarse en un solo principio fundamental: así, la regulación jurídica de la tutela y la de la patria potestad sólo difieren en cuanto que, al no contarse con los padres la protección del menor, en la tutela: 1) se ha tenido que suplir con otras la garantía de adecuada protección del menor que representa el afecto paterno; y 2) no se ha podido exigir de cada uno de los protectores tutelares una actividad protectora en toda la

extensión y en todos los casos en que se le exige a los padres dentro de la institución de la patria potestad.

II. Consecuencias

Del principio fundamental derivan numerosas consecuencias:

1º Los supuestos de necesidad de la tutela de menores son dos: la existencia de una persona necesitada de la protección que presta la patria potestad (un menor no emancipado) y la falta de quien ejerza la patria potestad de esa persona. El primer supuesto constituye una aplicación del principio de analogía y el segundo del principio de diferenciación que no permite que se conciba la tutela sino como institución supletoria de la patria potestad. De lo expuesto se deduce a su vez que:

A) La tutela no se abre sino para los menores no emancipados y eso cuando ninguno de sus padres tiene el ejercicio de la patria potestad.

B) La tutela cesa cuando el menor entra o vuelve a entrar bajo la patria potestad.

C) La tutela cesa (la parte pupilar) en los mismos casos en que cesa la patria potestad (la parte filial) (muerte, mayoridad o emancipación del menor).

D) La patria potestad y tutela no pueden coexistir en la protección de un mismo menor. Ya que si existe un padre en ejercicio de la patria potestad la protección del menor se realiza dentro del régimen de la patria potestad sin intervención alguna de la protección tutelar.

2º En virtud del principio de analogía, la extensión de la protección que presta la tutela al menor es igual a la que presta la patria potestad, salvo rigurosas excepciones. En consecuencia, dentro de la tutela se atiende al gobierno de la persona (a cuyo efecto existen poderes de guarda y corrección), a la representación legal del menor y a la administración de su patrimonio. La suma de los poderes tutelares, además, es igual a la suma de los poderes de la patria potestad, aunque la suma de los poderes del tutor no sea igual a la suma de los poderes de los padres en ejercicio de la patria potestad.

3ª En virtud del principio de analogía, los cargos tutelares son oficios en sentido técnico, obligatorios, personales e indisponibles, mientras que en virtud del principio de diferenciación no son necesariamente gratuitos ni privados. En efecto, los cargos de la tutela de menores:

A) Son oficios porque su titular realiza una actividad determinada en interés de otro, en razón de un deber y en uso de un poder que constituye el medio para cumplir ese deber.

B) Son obligatorios, en el sentido de que existe el deber de asumirlos y de continuar en su ejercicio; pero en virtud del principio de diferenciación, la ley ha establecido en la tutela excusas que no tienen los padres llamados al ejercicio de la patria potestad.

C) Son personales y por ende intransmisibles porque sólo pueden ser ejercidos por el propio titular, sin que puedan ser transmitidos total o parcialmente por actos entre vivos ni por causa de muerte. Ello no excluye que el titular del cargo, al igual que el progenitor en ejercicio de la patria potestad, pueda valerse del concurso de otras personas para realizar sus funciones dentro de la medida en que lo justifique la experiencia común de la vida (así, p. ej., el tutor puede valerse de servidores domésticos y de educadores para atender mejor a la persona del pupilo, o de algún agente de confianza para administrar un inmueble lejano, etc.).

D) Son indisponibles en el sentido de que los cargos tutelares no pueden ser creados, regulados, transmitidos, modificados o extinguidos por la simple voluntad de los particulares, sino dentro de la medida en que la ley dé relevancia a esa voluntad.

E) Son, en principio, gratuitos; pero en virtud del principio de diferenciación, conforme al cual no puede exigirse de los protectores tutelares todo cuanto podría exigirse al padre o a la madre en ejercicio de patria potestad, la ley a veces prevé y otras veces permite la remuneración de ciertos cargos tutelares.

F) No son necesariamente públicos ni privados.

4ª En virtud del principio de analogía, la tutela de menores está regulada para satisfacer intereses individuales del pupilo, intereses individuales de terceros e intereses colectivos.

A) Aunque no sea exacto afirmar que la tutela protege exclusivamente los intereses del pupilo, lo cierto es que, en principio

protege todos los intereses individuales del pupilo, salvo: a) que esos intereses no sean legítimos; b) que puedan ser protegidos por el propio pupilo por tener excepcionalmente capacidad para ello conforme a la ley; o c) que tales intereses no sean susceptibles de protección por parte de los órganos tutelares por implicar actos que no admiten representación o que sólo admiten representación voluntaria.

B) Además, nuestra tutela de niños y adolescentes, al igual que la patria potestad, está reglamentada para proteger un determinado interés individual de los terceros: el interés de que los menores sean educados y vigilados en forma que no causen antijurídicamente daños a terceros. De allí la llamada responsabilidad del tutor por el hecho del pupilo, análoga a la del padre por el hecho del hijo, y que en realidad es una responsabilidad por falta de vigilancia o educación del menor (C.C. art. 1.190).

C) Además, nuestra tutela de menores protege intereses colectivos que existen en relación con la protección del pupilo, pero con la advertencia de que no existe un interés colectivo protegido por la ley en todos y cada uno de los casos en que ésta protege al pupilo.

Al igual que en materia de patria potestad, la cuestión ha sido oscurecida al afirmarse que todas las normas sobre tutela son de orden público y, de que, por lo tanto, siempre están dictadas en protección directa de intereses colectivos. Pero no es así: si todas las normas tutelares protegieran directamente intereses colectivos, la violación de las mismas en negocios jurídicos acarrearía siempre la nulidad absoluta de éstos, mientras que, por lo general, los negocios jurídicos celebrados en violación de normas tutelares sólo están afectados por una nulidad relativa.

En realidad, es necesario distinguir nuevamente entre los dos significados de la expresión "orden público". Por orden público puede entenderse, como vimos: 1) el conjunto de normas imperativas, o 2) el conjunto de principios que el legislador considera esenciales a la organización económica, moral, política y social de la comunidad. En el primer sentido, todas las normas tutelares serían de orden público, pero sin que se pudiera deducir de allí que protegen

directamente intereses colectivos porque las normas imperativas se pueden dictar tanto en protección directa de intereses colectivos como de intereses privados. En el segundo sentido lo que sería de orden público es la eficacia general de la protección que se presta a los menores necesitados de tutela. Lo expuesto explica, pues, que los negocios jurídicos violatorios de normas tutelares sólo estén viciados de nulidad absoluta cuando desconocen la eficacia general de la protección tutelar, mientras que en los demás casos la nulidad es relativa, porque no está directamente en juego más que el interés individual del pupilo.

OBSERVACIONES HISTORICIAS Y DE DERECHO COMPARADO SOBRE LA TUTELA DE MENORES

I. DERECHO ROMANO

Entre la tutela *impuberum* romana y nuestra tutela de menores hay innumerables semejanzas en los detalles de reglamentación, pero median, entre otras, las siguientes diferencias fundamentales:

1ª Originalmente la tutela *impuberum* se estableció para proteger a los presuntos herederos del menor contra el riesgo de que éste [illegible] despojados. En consecuencia, el tutor no tenía ninguna obligación frente al pupilo, sino el derecho, [illegible] por algunos, de prevención de impedir negociaciones que pudieran menoscabar su fortuna. De la forma más antigua de tutela fue la tutela del agnado más próximo, que era el llamado a suceder en primer término. Y cuando posteriormente se admitió la tutela testamentaria, se fundamentó la facultad paterna de designar tutor en la libertad del padre para disponer de sus bienes por testamento.

2ª La tutela *impuberum* sólo era aplicable al menor hasta los catorce años de edad.

3ª El tutor romano nunca tuvo la función de cuidar de la persona del pupilo.

4ª El tutor romano carecía del poder de representación. Sólo tenía la *auctoritas* y la *negotiorum gestio*.

5º En Roma, un mismo pupilo podía tener varios tutores, pero fuera de éstos no existían otros órganos de tutela. Los llamados protutores eran sólo suplentes accidentales del tutor.

II. Derecho germánico

Para comprender la naturaleza de la tutela de menores en los pueblos germánicos debe tenerse en cuenta que la misma no es sino una de las varias manifestaciones del *mundium*. El *mundium* era un poder de protección de los débiles que tenía manifestaciones tanto en la esfera pública (p. ej., el rey tenía el *mundium* sobre sus nobles más próximos y los jefes de bandos sobre sus clientes) como en la esfera privada.

Dentro de la familia germánica, el hombre ejercía el "mundium" sobre su mujer, hijos y servidores. Ese poder, en lo que respecta a los hijos, no era perpetuo ni confería una suprema autoridad sobre ellos, la cual correspondía al conjunto de parientes (*sippe*) constituido en consejo o tribunal de familia. Ahora bien, cuando los menores, ciegos, sordos, mudos, débiles de espíritu, locos o viejos no estaban sometidos al *mundium* paterno o marital (por falta de padre o marido) quedaban sometidos a tutela, lo que no significaba que pasaran a estar sometidos a un régimen sustancialmente distinto, sino sólo que del "mundium" paterno o marital pasaban a estar sometidos a otro *mundium*.

Originalmente, la tutela germánica de menores correspondía en forma colectiva a la *sippe*, aunque parece probable que aun bajo el imperio de esa tutela colectiva, las asambleas de parientes encomendaran la ejecución de sus decisiones a uno de los más próximos parientes del menor, preferentemente al más próximo pariente varón de la línea paterna (*pars gladii*).

Esa tutela colectiva de la "sippe" desapareció por lo menos para la época del Imperio Franco, período en el cual la tutela correspondía de pleno derecho al más próximo pariente varón de la línea paterna y las funciones de la "sippe" quedaron reducidas a una *supratutela* en la cual, técnicamente, se admitía también la intervención del Estado. La supratutela implicaba la función de vigilar al tutor pudiendo sustituirlo en caso de mala administración, la función de prestar o no su consentimiento al pupilo para contraer

matrimonio y, muchas veces, la función de autorizar o no la enajenación de los bienes del pupilo.

La tutela germánica se diferencia de nuestra tutela, entre otros, por los siguientes conceptos: 1) el conjunto de los parientes como tal (la *sippe*) era uno de los órganos de la tutela; 2) en todo momento la *sippe* tuvo poderes mucho más altos de los que se confieren a nuestro Consejo de Tutela, y 3) la intervención del Estado en la tutela no se había desarrollado en la práctica.

III. DERECHO CONTINENTAL EUROPEO ENTRE LA EDAD MEDIA Y LA CODIFICACIÓN

Entre la Edad Media y la promulgación de los Códigos Civiles, la tutela de menores en Europa Continental se reglamentaba sobre la base de los modelos romano y germánico. Algunas veces se seguía fielmente a uno de estos modelos, pero otras veces se introducen novedades importantes en el sistema o sistemas básicamente escogidos. Entre estos tipos de tutela donde aparecen novedades importantes se encuentran la tutela del Derecho consuetudinario francés y belga, y la tutela germánica anterior al BGB.

1º Derecho Consuetudinario francés y belga

En esta tutela vale la pena señalar los siguientes aspectos:

A) La tutela del menor, siempre que no hubiera sido guarda noble o común (establecida en la Edad Media, como después veremos), se abría a la muerte de uno de los padres. El sobreviviente continuaba ejerciendo de la patria potestad en lo referente a la persona del hijo, pero para el manejo del patrimonio se abría una tutela en orden a la cual se llamaba en primer término al progenitor sobreviviente. Este carácter sí es común a nuestra tutela de menores y subsistió en la codificación napoleónica.

B) Aun cuando se admitía la designación paterna del tutor y el llamamiento legítimo de ciertos parientes al cargo de tutor, el cargo siempre era conferido por el Juez. La necesidad de discernimiento judicial de la tutela subsiste entre nosotros salvo que el tutor sea abuelo o abuela del pupilo.

c) La tutela de menores terminaba con la legítima mayoridad (los 25 años) del pupilo.

d) Se creó el cargo de *subrogé tuteur* (protutor) cuyas atribuciones principales eran vigilar al tutor y suplirlo como representante del pupilo en ciertos casos.

e) La asamblea de los parientes era un órgano de la tutela que en ciertos actos tenía la facultad de autorizar al tutor para que los realizara [illegible]

2° Derecho aleman anterior al B.G.B

Debe distinguirse el período que terminaba con la Ordenanza prusiana sobre tutela de 1875 y el período que comienza con esta.

A) Período anterior a la Ordenanza de 1875. En este período cabe señalar que:

a) Originalmente la tutela terminaba al [illegible] que se fijaba según los diversos derechos entre los 12 y 18 años. Posteriormente se estableció que el pupilo estaba sujeto a tutela hasta alcanzar la mayoridad.

b) Existían las tres formas romanas de delación del cargo de tutor: testamentaria, legítima y dativa; pero siempre se exigía el discernimiento judicial del cargo.

c) Al lado de la supertutela de la familia se desarrolló la supratutela del Estado, ejercida por el tribunal de la tutela.

B) De la Ordenanza al B.G.B. La Ordenanza citada introdujo dos principios:

a) El principio de la independencia del tutor en virtud del cual el papel del tribunal de la tutela se limita a vigilar al tutor y a otorgar o no su aprobación en los casos especialmente señalados por la ley, y

b) El principio de que la designación del tutor corresponde siempre al Juez, salvo ciertas excepciones, sin perjuicio de que determinadas personas tuvieran un llamamiento al cargo, o sea un derecho a exigir que la designación [illegible]

IV. DERECHO CONTEMPORÁNEO (EXCLUIDO EL SISTEMA ANGLOAMERICANO)

En el Derecho Contemporáneo —si se excluye el Derecho Angloamericano— pueden distinguirse dos grandes sistemas: el sistema de la tutela individual y el sistema de la tutela colectiva o de órganos, que se diferencian por la clase de tutela que establecen como regla, o sea, por su tipo de tutela ordinaria. El primer sistema es el occidental y el segundo es propio del sistema soviético.

1° Tutela individual

A) Concepto. La tutela individual se caracteriza por poner la protección inmediata del pupilo en una persona (que tiene carácter de tal, no como consecuencia de desempeñar un determinado cargo público).

B) Clasificación. Dentro de la tutela individual se distinguen dos subtipos: la tutela de familia y la tutela de autoridad.

a) La tutela de familia está organizada de acuerdo con el principio de que la protección es ocupación propia de la familia, considerada como grupo con determinados principios, sin perjuicio de una limitada intervención de la autoridad en las funciones tutelares.

En consecuencia, el órgano fundamental y supremo de la tutela de familia —salvo en la limitada esfera en que interviene el Poder Público— es la totalidad de la familia, la familia reunida en asamblea, órgano que normalmente se denomina Consejo de Familia.

Por necesidad práctica, la protección directa de la persona del pupilo, su representación y la administración de sus bienes se encomienda a un órgano unipersonal —el tutor— que depende estrechamente del Consejo de Familia y que es designado, de acuerdo con criterios familiares, por el padre o la madre en ejercicio de la patria potestad (que son los órganos más característicos de la familia) o por la ley en virtud de la cercanía del parentesco, o por el Consejo de Familia.

Para asegurar el control y vigilancia del tutor por parte del Consejo de Familia existe un protutor designado por el Consejo.

La intervención del Estado se hace por órgano del Poder Judicial sin que existan órganos especiales para ello.

b) La tutela con tendencia estatal se organiza de acuerdo con el principio de que todas las funciones tutelares, excepto la protección inmediata del pupilo, corresponden al Poder Público.

2° Tutela de funcionarios

La tutela de funcionarios establece como principio que todas las funciones tutelares (incluso la protección inmediata del pupilo) corresponden al Poder Público y están, por tanto, confiadas a los funcionarios del caso. Si se admite la colaboración de particulares [illegible] sino que estos son meros auxiliares de los funcionarios en orden al ejercicio de sus funciones.

3° Nuestra tutela de menores

El Derecho Venezolano no pertenece al sistema de la tutela individual ya que nuestra ley conoce [illegible] para la protección, única, del pupilo o una persona en su carácter de ta...

Por lo demás, la tutela ordinaria de menores es un compromiso entre tutela de familia y de autoridad. En efecto: 1) el órgano supremo es la autoridad judicial como en la tutela de autoridad, pero el Juez normalmente debe oír al Consejo de Tutela antes de decidir y si decide contra el parecer del Consejo de ordinario la cuestión pasa al Juez Superior; 2) el Consejo de Tutela aunque preferentemente debe estar integrado por parientes del pupilo (a semejanza del Consejo de Familia), no reúne a todos los parientes sino a un número determinado de miembros y puede estar integrado por extraños; 3) los modos de delación del cargo de tutor son los propios de la tutela de familia con la salvedad de que en la tutela dativa la designación corresponde al Juez oído el parecer del Consejo de Tutela y habida cuenta de la preferencia establecida en favor de ciertos parientes y

de, órgano de control y vigilancia de la tutela, es público, [illegible] la tutela de autoridad, sino una persona privada: el protutor.

TUTELA DE MENORES, FAMILIA DE ORIGEN Y FAMILIA SUSTITUTA

La L.O.P.N.A., antes de tratar de las distintas instituciones familiares de protección de los niños y adolescentes, comienza por definir el concepto de familia de origen como la que es integrada por el padre y la madre, o por uno de ellos, y sus ascendientes, descendientes y colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad (ley cit., art. 345) y [illegible] de inmediato con la regulación de la patria potestad. No [illegible] al [illegible] de la clasificación que establece, la cual es la familia sustituta, definida más adelante como aquella que, no siendo la familia de origen, acoge, por decisión judicial, a un niño o adolescente privado permanente o temporalmente de su medio familiar, ya sea por carecer de padre y de madre, o porque éstos se encuentran afectados en la titularidad de la patria potestad o en el ejercicio de la guarda, [illegible] añade de seguidas que [illegible] puede estar conformada por una o más personas [illegible] (L.O.P.N.A., art. [illegible]).

[illegible] protección del menor por la familia de origen se [illegible] en el régimen de la patria potestad, mientras que su protección por la familia sustituta se hace en uno de los tres regímenes entre los cuales se cuenta la tutela, de modo que ésta siempre es una protección realizada por la familia sustituta. Pero no es así.

Evidentemente, la patria potestad es una protección prestada al menos por la familia de origen, pero no siempre la protección que la familia de origen le presta al niño o adolescente la presta bajo el régimen de patria potestad. En efecto, la protección del niño por el padre y la madre, o por uno solo de ellos, es una protección

Sobre [illegible] Capítulos I y II

de la familia de origen, que se presta bajo el régimen de la patria potestad; pero si la protección la presta uno o más de los *otros* miembros de la familia de origen el niño o adolescente de que se trate no está bajo patria potestad.

A la inversa, la protección prestada a un menor se hace mediante el régimen de la patria potestad; pero a su vez la protección del menor no sometido a patria potestad puede corresponder, según los casos, a los miembros de la familia de origen o los de la familia sustituta o a personas ajenas a su familia.

CAPÍTULO XXIII
TUTELA DE MENORES: INICIO

Supuestos de necesidad. Apertura y constitución: fase inicial. Designación de los titulares de los cargos de la tutela ordinaria de menores

SUPUESTOS DE NECESIDAD DE LA TUTELA DE MENORES

[illegible]

1. [illegible]

2. [illegible] potestad sobre el menor

[illegible] en otros sistemas jurídicos

APERTURA Y CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA DE MENORES

I. GENERALIDADES

Por apertura de la tutela de menores se entiende la necesidad de iniciar la protección de un menor determinado mediante tutela de menores. La apertura se produce de pleno derecho (sin necesidad de declaración judicial) cuando se reúnen por primera vez los supuestos de necesidad de la institución (o cuando dichos supuestos se reúnen respecto de un menor sometido hasta ese momento a otro régimen de protección, aunque anteriormente hubiera estado bajo tutela de menores).

Abierta la tutela respecto a un menor, es necesario proceder a su constitución, o sea, a la realización de los actos necesarios para que todos los cargos de la tutela correspondientes puedan ser provistos y que los titulares de los mismos puedan entrar en ejercicio de sus funciones propias.

La constitución de la tutela de menores comprende necesariamente las siguientes fases:

1° Una fase inicial que termina cuando se ordena la tutela.

2° La designación de los titulares de los cargos permanentes de la tutela de menores.

3° La asunción de dichos cargos por sus titulares.

4° El cumplimiento de las formalidades que la ley exige al tutor antes de que entre en ejercicio normal de sus funciones.

Pero, además, dentro de la constitución de la tutela de menores puede darse la tutela interina.

II. INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA ORDINARIA DE MENORES

1° Fundamento

La eficacia general de la protección del pupilo depende en buena parte de la adecuada constitución de su tutela. De ahí que

exista un interés colectivo inmediato en esa adecuada constitución de la tutela y que para protección de dicho interés se prevea la intervención de un órgano del Poder Público –en particular, de un órgano judicial– en el proceso de constitución de la tutela.

2º Objeto

La intervención judicial en la constitución de la tutela ordinaria de menores tiene por objeto principalmente actividades de control, pero también actividades de gestión. En efecto, todo el proceso de la constitución dicha está bajo el control de los jueces, pero además éstos están obligados a tomar ciertas iniciativas y realizar determinados actos de constitución de la tutela, como se verá infra.

FASE INICIAL DE LA CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA DE MENORES

1. DEBERES DE INFORMAR AL JUEZ HECHOS RELACIONADOS CON LA APERTURA DE LA TUTELA

Para lograr que se constituya la tutela de menores cada vez que se la requiera, no basta ordenar al Juez que proceda a ello de oficio, sino que es necesario asegurar que el Juez llegue a informarse de la apertura de la tutela para que pueda ejercer sus funciones. A tal efecto, la Ley ha impuesto a dos categorías de personas el deber de informar al Juez ciertos hechos relacionados con dicha apertura.

1º El funcionario que reciba la declaración sobre la muerte de una persona que haya dejado hijos menores de edad sin representante legal, debe informar al Juez, so pena de multa de Bs. 1.000 (C.C. art. 302).

Es de observar que la reforma del 82 suprimió la obligación análoga que sin razón establecía el Código de 1942 para el funcionario ante quien contraía matrimonio una mujer que tuviere hijos menores, y como suplió la omisión de aquel Código de establecer una sanción para el incumplimiento del deber de notificación. Lamentablemente la reforma, al igual que el citado Código, no estableció un plazo para la notificación ni impuso un deber semejante a otros funcionarios

que tienen la oportunidad de constatar situaciones relacionadas con la apertura de la tutela, como son por ejemplo los jueces que con motivo de un divorcio declaran abierta la tutela de los hijos.

2. El tutor nombrado por el padre o la madre, el llamado por la ley, así como los parientes del menor dentro del cuarto grado de consanguinidad, al tener conocimiento de cualquier hecho que dé lugar a la apertura de la tutela, deben informarlo al Juez, so pena de multa de quinientos bolívares por cada uno de los menores (C.C. art. 303). Conviene observar que basta que una de las personas indicadas informe al Juez para que las demás queden relevadas de la obligación de hacerlo y que la información ordenada no está sujeta a formalidades, de modo que el obligado puede darla por escrito dirigido al Juez o por diligencia de cualquier clase.

La reforma de 1982 no fijó un plazo para cumplir la obligación de que tratamos, pero aumentó el monto de la multa que había permanecido inalterado desde los tiempos de Guzmán Blanco. Por otra parte, de acuerdo con la nueva redacción, referida la multa ya no tiene la peculiaridad de ser una multa en beneficio de los menores.

La reforma de 1982 tampoco recogió dos observaciones que se habían hecho al Código de 1942: que la ley no obliga a informar a ciertas personas que se encuentran en circunstancias parecidas (p. ej.: el protutor nombrado por el padre o la madre) y que hubiera sido más útil que se impusiera el deber no sólo de informar sobre la realización de los hechos, sino de suministrar además las pruebas correspondientes.

II. Averiguación, prueba y ordenación de la tutela

El Juez, de oficio, debe proceder a averiguar si efectivamente se ha abierto o no la tutela de los menores comprendidos en su jurisdicción y, en caso afirmativo, debe recibir la prueba de ello. En la práctica los Jueces se conforman con obtener la prueba de que existe un menor que no está bajo la patria potestad de nadie y proceden a constituir la respectiva tutela si nadie les demuestra que es improcedente (p. ej.: porque el menor está emancipado). Por lo demás, en la práctica quienes suelen aportar las pruebas del caso son las personas interesadas en que se constituya la tutela del menor.

Una vez que el juez estime comprobada la apertura de la tutela, debe proceder a su ordenación. La ordenación de la tutela consiste en el mandato judicial de proceder a su constitución sin que sea necesario que el juez dicte una decisión explícita en tal sentido, pues basta que actúe en cualquier forma que implique su voluntad de proceder a constituir la tutela. En la práctica nuestros tribunales suelen dictar un auto expreso.

DESIGNACIÓN DE LOS TITULARES DE LOS CARGOS DE LA TUTELA DE MENORES

El estudio de esta segunda fase de la constitución de la tutela de menores comprende dos aspectos: el estudio de las inhabilidades y el estudio de los modos de delación de los cargos de la tutela.

I. INHABILIDADES PARA SER DESIGNADO TITULAR DE CARGOS DE LA TUTELA DE MENORES

1° Principios

Pueden ser designados para ocupar cargos tutelares todas las personas que no sean inhábiles conforme a la ley.

Las inhabilidades establecidas por la ley tienen por objeto excluir del ejercicio de los cargos tutelares a ciertas categorías de personas que por diversas circunstancias considera el legislador que carecen del mínimo de idoneidad para ejercer el cargo en debida forma. De allí que las inhabilidades sean de orden público.

En algunos países la propia ley distingue entre incapaces para ocupar cargos tutelares e ineptos para ello. Donde impera esa distinción la ley ordena abstenerse de designar incapaces e ineptos, pero sólo sanciona con nulidad la designación de los primeros. En otros países la ley distingue entre incapaces y excusados de los cargos tutelares, según que el motivo de la inhabilidad implique o no reproche a la persona afectada. Entre nosotros la ley no establece dicha distinción sino que reúne ambas categorías bajo la categoría única de inhábiles.

Ahora bien, las inhabilidades pueden ser absolutas o relativas, según que la persona afectada no pueda ser designada para cargos tutelares en ninguna tutela o sólo en la de uno o más menores determinados.

2° Supuestos de inhabilidad absoluta

No pueden ser designados para ocupar cargos en ninguna tutela de menores las siguientes personas:

A) Los que no tengan libre administración de sus bienes (C.C. art. 339, ord. 1º), o sea, los incapaces (menores, entredichos e inhabilitados), los fallidos[1] y los deudores concursados[2]. Según algunos autores, cuya opinión no compartimos, los menores emancipados no están comprendidos dentro de esta inhabilidad porque, en su criterio, la disposición citada sólo se refiere a los que no pueden realizar actos de simple administración de sus bienes.

En cambio, ciertamente, la inhabilidad señalada no afecta a quienes conservan la administración de sus bienes aunque hayan sido privados de la administración legal de bienes ajenos (p. ej., el privado de la administración de los bienes de la comunidad conyugal o de los bienes de sus hijos), lo que resulta explicable.

B) Los que carecen de domicilio y no tienen residencia fija (C.C. art. 339, ord. 2º).

C) Los que hayan sido removidos de una tutela (C.C. art. 339, ord. 3º). Aunque no lo diga la ley, esta inhabilidad sólo alcanza a los removidos de una tutela por dolo o culpa. En cambio, afecta por igual a los removidos de una tutela de menores o de entredichos.

1 Fallidos son [illegible] El fallido pierde la administración de sus bienes, que pasa a [illegible] de acreedores representada por los síndicos de la quiebra [illegible] pueden ser declarados en quiebra [illegible]

2 [illegible] cesión de bienes [illegible] pagar [illegible] la administración de sus bienes [illegible]

D) Los que hayan sido privados de la patria potestad sobre sus hijos (C.C. art. 339 ord. 4º), causal que introdujo la reforma de 82 pues el Código de 1942 inexplicablemente no la establecía.

E) Los que hayan sido condenados a alguna pena que lleve consigo la inhabilitación o interdicción (C.C. art. 339 ord. 5º). Las penas en cuestión son [illegible] interdicción civil (C. Pen. art. 13) y la prisión que acarrea inhabilitación política (C. Pen. 16). Esa inhabilidad es más severa porque alcanza a reos de delitos que verosímilmente no tienen relevancia en la materia (especialmente a los reos de delitos culposos) y porque es perpetua. Sin embargo, la reforma de 82 nada modificó en esta materia.

F) Los que no tengan oficio, modo de vivir conocido o sean notoriamente de mala conducta (C.C. art. 339 ord. 6º).

G) Los adictos a [illegible] y los [illegible] habituales (C.C. art. 339 ord. 8º), causal introducida por la reforma del 82 y que es más amplia que [illegible] que figuraba en el Código de 1942[5].

La reforma suprimió la inhabilidad que pesaba sobre los ciegos, sordomudos [illegible] de impedidos[6].

3º Supuestos de inhabilidad relativa

A) También son inhábiles los que tengan o se hallen en circunstancias de tener, o cuyos padres, ascendientes o cónyuge tengan o se hallen en circunstancias de tener con el menor un pleito en que se ponga en peligro [illegible] parte de sus bienes (C.C. art. 340 ord. 1º). Esta inhabilidad que sólo opera frente a la tutela del menor correspondiente se explica

5 [illegible]

6 Expresión muy poco precisa.

por la grave oposición de intereses que existe entre el inhábil y el pupilo. Debe advertirse que cuando la ley habla de tener o hallarse en circunstancias de tener un pleito con el menor, comprende el pleito ya iniciado y el pleito inminente (pero no el pleito puramente eventual) y que cuando habla de que dicho pleito ponga en peligro el estado civil o una parte de los bienes del menor, se refiere al estado civil o a una parte significativa de los bienes del menor.

B) También son inhábiles los Jueces de Primera Instancia en lo Civil y los Jueces de Menores cuando el menor o sus bienes estén en el territorio de su jurisdicción (C.C. art. 339, ord. 7º). Esta norma tiende a evitar inhibiciones o recusaciones de los jueces y con toda razón fue extendida por la reforma del 82 a los Jueces de Menores.

C) Además, son inhábiles los expresamente excluidos por los progenitores en ejercicio de la patria potestad (C.C. art. 339, ord. 9º). Esta causa expresamente establecida por la reforma del 82 pero que ya se admitía bajo el imperio del Código derogado con el argumento de que si la ley autoriza al padre o a la madre que ejerce la patria potestad para designar a los titulares de los cargos de la tutela de su hijo no puede dudarse de la validez del acto por el cual el padre se limita a excluir el eventual nombramiento de una persona como titular de uno de tales cargos ("quien puede lo más, puede lo menos").

II. Delación de los cargos de la tutela ordinaria de menores

Se llaman modos de delación de los cargos de la tutela de menores las maneras de determinar los titulares de dichos cargos. Esos modos son de orden público, ya que de ellos dependen en buena parte la eficacia general del régimen de protección al cual se someta al pupilo.

En la tutela de menores existen tres modos de delación: la delación paterna, conforme a la cual la designación del titular del cargo corresponde a los padres del pupilo o a uno de ellos; la delación legítima, en la cual la designación es hecha directamente por la ley y la delación dativa, en la cual la determinación compete al Juez. Cada uno de los modos de delación señalados es subsidiario

del anterior, pero debe advertirse que la reforma de [illegible] la delación legítima en nuestra tutela de menores.

1° Delación del cargo de tutor permanente

La delación de este cargo es la primera en importancia, aunque no necesariamente en orden cronológico (incluso la delación dativa de este cargo presupone que ya se hayan provisto los demás cargos de la tutela).

A) Delación paterna. Esta delación se ha llamado también delación testamentaria, lo que es inexacto en relación con nuestro Derecho, ya que éste no exige que la designación paterna se haga en testamento, ni siquiera que sea un acto de última voluntad[5].

a) Fundamento. El fundamento de este modo de delación estriba en la consideración de que el afecto paterno constituye la máxima garantía de acierto en la designación del tutor. Por ello, a) la delación paterna prevalece sobre las demás, y b) la ley priva de eficacia la delación paterna en casos de que a juicio del legislador la conducta del padre desvirtúe la presunción de afecto.

b) Naturaleza de la facultad paterna de designación. La facultad paterna de designar tutor a sus hijos para el caso de quedar estos sujetos a tutela es un atributo o emanación de la patria potestad. En consecuencia, es personal, intransmisible e irrenunciable.

c) Naturaleza del acto de designación. El acto por el cual el padre designa tutor a sus hijos es un negocio jurídico unilateral, no se requiere sino la voluntad de una parte, y esencialmente revocable, aunque no necesariamente de última voluntad, ya que puede surtir efectos en vida de quien hace la designación.

d) Condiciones de validez de la designación. Para la validez de la designación paterna se requiere:

a') Que el nombramiento haya sido hecho por el padre o la madre que estaba en ejercicio de la patria potestad para el momento de la designación (C.C. art. 305).

5 Acto de última voluntad es aquel que sólo produce sus efectos después de la muerte de quien lo realiza.

Que para el momento de la apertura de la tutela, el padre o la madre designante estuviera en el ejercicio de la patria potestad o, en caso contrario, que ésta la hubiera perdido o le fuere suspendida por causas de [illegible] no imputables al designante[a] (C.C. art. 306).

Que la designación haya sido hecha por testamento o escrito registrado (C.C. art. 307, [illegible]).

Siempre que se cumplan dichos extremos, cualquiera de los dos, el padre o la madre, pueden designar tutor para cada hijo menor que pueda necesitar de la tutela. [illegible] es posible [illegible] para cuando [illegible] no sea necesaria la designación del tutor [illegible] puede hacer designaciones para el caso de que el tutor nombrado en primer término [illegible] no pueda aceptar el cargo [illegible] cualquiera que sea la persona designada, salvo que se trate [illegible].

c) Efectos de la designación. La persona válidamente designada tutor por el padre o la madre queda llamada al cargo, de manera que éste le corresponderá a menos que exista un llamamiento preferente en favor de otra persona (lo que puede ocurrir cuando los progenitores del pupilo se hallan ambos en el ejercicio de la patria potestad y cada uno de ellos ha designado tutor a sus hijos).

d) Preferencia entre varios llamamientos. Si existen varios nombramientos sucesivos, prevalece el efectuado en último término (C.C. art. 308), lo cual se justifica por el hecho de que en esta designación se han podido tener en cuenta circunstancias ocurridas con posterioridad a la fecha del primer nombramiento anterior.

B) Delación en favor de los abuelos. Bajo el imperio del Código de 1942, a falta de delación paterna o en caso de ineficacia de ésta (por ejemplo, porque el designado se excusa de la tutela o muere

[illegible] la madre designante.

antes de que se abra, el cargo de tutor corresponde, de derecho, al abuelo paterno y, en su defecto, al materno; a falta de ambos, a las abuelas paterna y materna en ese mismo orden (CC derog., art. 305), aun cuando en nuestro criterio el Juez podía alterar ese orden en interés del menor. La reforma de 1982 estableció el cambio de que en el supuesto señalado la tutela corresponde de derecho al abuelo o a la abuela sobreviviente; pero que si existen más de uno, el Juez podrá acordarla a cualquiera de los abuelos, tomando en cuenta el interés, la salud, el bienestar del menor y la preferencia de éste, si tiene más de doce (12) años de edad (CC, art. 305). Como se observa, no puede hablarse de delación alguna sino cuando sólo uno de los abuelos sobrevive y es hábil para ejercer el cargo, pues en los demás casos no es la ley sino el Juez quien determina la persona concreta que ha de desempeñar la tutela, aunque ésta forzosamente habrá de ser uno de los abuelos o abuelas hábiles.

a) Fundamento. Esta delación se funda en la consideración de que los abuelos tienen por sus nietos un afecto análogo al paterno, aunque menor que éste. De allí que la delación en favor de los abuelos sea preferente a la delación dativa.

b) Procedencia. Esta delación presupone la falta de delación paterna o la ineficacia de ésta. Se ha planteado [illegible] si existe tal delación [illegible] para sostener que [illegible] padre o la madre por haber hecho designación [illegible] realizado una designación, el Juez sería necesario recurrir a la delación dativa. Esa opinión sólo es posible si la designación hecha por el padre o la madre debería interpretarse como una exclusión de los abuelos, siendo así que en principio sólo implica una preferencia por el designado frente a éstos.

c) Llamamiento legítimo. La ley llama al cargo de tutor al abuelo o abuela sobreviviente. Debe señalarse que los padres de los adoptantes son abuelos del adoptado sólo en adopción plena, como actualmente serán todas las adopciones, ya que se ha suprimido la adopción simple (Ley sobre Adopción, art. 55 [illegible] y 56 [illegible]). Tampoco son abuelos los padres de los padres de sangre si el hijo ha sido adoptado en adopción plena, salvo el caso de que el adoptante sea el cónyuge del padre o madre de sangre (LOPNA, art. 425).

en relación con cualquier otra persona, pero entre ellos decidirá el Juez en interés del menor y después de haber oído a éste si ya ha cumplido 12 años.

C) Delación dativa o judicial en favor de otras personas. A falta de tutor designado por el padre o la madre y de abuelo hábil para el cargo, corresponde al Juez dar tutor al pupilo.

a) Fundamento. El fundamento de este modo de delación radica en que cuando las personas que mayor afecto tienen por el menor no lo han provisto de tutor, se justifica la intervención del Poder Público, ya que está en juego de manera general la eficacia de la protección del pupilo.

b) Procedencia. La delación dativa procede cuando no se ha podido proveer el cargo de tutor mediante los otros modos de delación.

c) Condiciones de validez. Para que la designación judicial de tutor sea válida, es necesario:

a') Que emane del Juez competente, que es el Juez a quien compete la constitución de la tutela (v. *supra*).

b') Que el Juez haya oído previamente al Consejo de Tutela (C.C. art. 309, encab.).

c') Que el Juez se sujete a la norma que le prohíbe nombrar más de un tutor para todos los menores que sean hermanos y hermanas (C.C. art. 310, encab.); y

d') Que el Juez tome en cuenta las preferencias establecidas por la ley.

d) Preferencias legales. La ley ordena que para el cargo de tutor serán preferidos, en igualdad de circunstancias, los parientes (consanguíneos) del menor dentro del cuarto grado (C.C. art. 309). Debe advertirse que la ley no establece grados dentro de tales preferencias.

2° Delación de los cargos de la protutela (protutor y suplente de éste)

La ley regula expresamente la delación del cargo de protutor, pero aun cuando a veces guarda silencio respecto del protutor

supiente, las mismas normas resultan aplicables por analogía a la delación de este último cargo.

Por otra parte, debe observarse que la ley no ha previsto la delación legítima del cargo. En realidad, esta forma de delación podría fácilmente conducir a una protutela demasiado complaciente o demasiado rigurosa. Así pues, sólo hay delación paterna y dativa de la protutela.

A) Delación paterna. La delación paterna en los cargos de la protutela es idéntica a la del cargo de tutor. Sólo debe advertirse que el padre o la madre correspondiente pueden hacer uso de su facultad de nombrar tanto al tutor como al protutor o limitarse a efectuar el nombramiento de uno o de otro.

B) Delación dativa. Lo expuesto sobre la delación dativa del cargo de tutor es aplicable a la delación dativa de los cargos de protutela, con la sola diferencia de que ésta procede a falta de delación paterna en todo caso, ya que no existe delación legítima.

3º Delación de los cargos de miembro del Consejo de Tutela

A) Aunque la ley no prevé directamente la delación paterna de estos cargos, señala que si el padre y la madre han designado en su testamento o por escritura pública personas para constituir el Consejo de Tutela, el Juez dará su constitución con cuatro de ellas, y cuando falten o estén impedidas, elegirá preferentemente las otras (CC, art. 326). Ésta, en realidad, es una delación dativa (el Juez es quien designa en definitiva, aunque tenga una libertad de elección limitada), pero se convierte en una delación paterna cuando el número de personas hábiles designadas por el padre o la madre es de cuatro o menos, ya que entonces esas personas pasarán a constituir necesariamente el Consejo en virtud del llamamiento paterno.

Es obvio que cuando sólo uno de los progenitores ejerce la patria potestad se han de aplicar las mismas reglas aun cuando sólo él haya realizado la designación.

B) Si el padre o la madre no han nombrado personas para constituir el Consejo de Tutela o si las personas nombradas faltan o están impedidas, el Juez procederá a constituir el Consejo así:

a) Debe nombrar cuatro de los parientes más cercanos del menor que se encuentren en el lugar (C.C. art. 325, encab., 1ª disp.), sin designar parientes de un grado sino cuando en el que le precede no haya número suficiente de parientes para constituir el Consejo, a menos que se trate de parientes de un grado más lejano que el tercero, ya que entonces puede designar libremente a los miembros del Consejo (C.C. art. 325, ap. único). Si hubiere parientes próximos en ambas líneas se escogerán los cuatro de una y otra, siempre que fueren del mismo grado (C.C. art. 325, encab., 2ª disp.).

b) Si no pudiere constituirse el Consejo con parientes dentro del tercer grado, cualquiera que sea la causa (p. ej., porque no los hay, porque no llegan a cuatro, porque están impedidos legalmente, etc.), el Juez designará a los miembros libremente entre los demás parientes del menor que se encuentren en el lugar y a falta de ellos nombrará personas de mayor edad que gocen de buen concepto público, prefiriendo, en igualdad de circunstancias, a los relacionados y amigos habituales de la familia del menor (C.C. art. 325, encab., 2ª disp. y ap. único)[7].

7 Sobre los temas tratados en este Capítulo puede consultarse: Aguilar Gorrondona, José Luis. "Necesidad, Apertura y Constitución de la Tutela Ordinaria de Menores" [illegible]

Capítulo XXIV
TUTELA ORDINARIA DE MENORES: CONTINUACION

[illegible]

ASUNCION DE LOS CARGOS DE LA TUTELA ORDINARIA DE MENORES

1. Generalidades

[illegible]

[illegible]

II. El deber de asumir los cargos

1° Principio general

[illegible]

2° Excusas

[illegible]

[illegible]

[illegible] Tutela, C.C. art. 327

[illegible]

el designado no está en el deber de excusarse, sino que tiene el derecho de hacerlo o no y, en caso de no querer hacer valer la excusa, tiene la carga de oponerla debidamente [4].

La ley ha establecido un régimen de excusas para los cargos de tutor, protutor y suplente de éste, y otro distinto para los cargos de miembro del Consejo de Tutela.

B) Régimen de excusas de los cargos de tutor, protutor y suplente de protutor

a) Supuestos de excusa. La ley enumera taxativamente a las personas que pueden excusarse de tutela y protutela (C.C., art. 342):

1. Los militares en servicio activo (C.C., art. 342, inc. 1.°).

2. Los ministros de cualquier culto (C.C., art. 342, inc. 2.°). Esta previsión es mucho más amplia que la del Código Civil de 1922, ya que comprende a todos los ministros del culto católico (no sólo a los curas de almas) y además a todos los ministros de otros cultos. Por culto debe entenderse religión, y para determinar si una persona es ministro del culto al cual pertenece, debe atenderse a la calificación que tenga de acuerdo con las normas internas de su religión. El hecho de que una persona se dedique habitual y principalmente a labores religiosas no basta para calificarla de ministro de culto, ni siquiera cuando lo hace formando parte de la organización eclesial de la iglesia [illegible] a tiempo completo no es un ministro del culto católico [5].

En el caso concreto de la Religión Católica creemos que deben considerarse como ministros del culto a los clérigos, pero no a los religiosos laicos. Dicho sea de paso, el Derecho Canónico prohíbe también a los religiosos laicos la administración de bienes ajenos y

[illegible] y hasta que venza el término.

4 [illegible]

5 [illegible]

el ejercicio de oficio o cargos que obliguen a rendir cuentas, salvo autorización especial.

3. Quienes tengan bajo su patria potestad tres o más hijos (C.C. art. 342, ord. 2º). (Nuestro Código Civil se caracteriza por no exigir sino un mínimo de tres hijos, en lo que aparentemente es menos severo que otros Códigos; pero si se compara el hecho de que en el momento estén bajo patria potestad del designado, tenemos que es más severo que otros Códigos).

4. Tienen derecho a excusarse quienes sean tan pobres que no pueden atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia (C.C. art. 342, ord. 3º). Quedan comprendidas aquí todas aquellas personas que no obstante la remuneración que pueda corresponderles por el ejercicio del cargo, si lo desempeñan se encontrarían en la imposibilidad moral de satisfacer sus necesidades propias y las de las personas a quienes deben alimentos dentro del nivel mínimo correspondiente a su condición social. En efecto, la obligación de proteger a un pupilo no puede privar sobre el derecho a un determinado nivel de subsistencia del obligado, ni sobre el deber de satisfacer a las personas a quienes debe alimentos (cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos) que se encuentren en las situaciones previstas en la ley [illegible].

5. Quienes por enfermedad habitual debidamente comprobada no pueden atender el cargo (C.C. art. 342, ord. 4º). En este caso es indiferente que se trate de mal estado de salud física o mental, pero se requiere que sea habitual y que impida atender el cargo en el caso concreto. La disposición ha debido figurar entre las incapacidades y no entre las excusas, ya que en ese supuesto media el interés de la adecuada protección del pupilo en que el tutor designado no pueda ocupar el cargo.

[illegible]

6. Los [illegible] (C.C. art. 342 [illegible]) [illegible] 1942 se discutió [illegible] se optó por esta última [illegible] cultural de la época. La reforma de [illegible] cuando priva al progenitor [illegible] de la representación de sus propios [illegible] de los bienes de éstos.

7. El tutor o curador de otra persona (C.C. art. 342 [illegible]). Esta excusa corresponde a todo tutor o curador de otra persona [illegible] excusarse de asumir una tutela.

8. Los impedidos (C.C. art. 342 [illegible]) [illegible] de las ciencias sociales o del mundo laboral.

[illegible] "impedidos".

La enumeración [illegible]

[illegible] (C.C. art. 345).

Si el interesado no hace valer la excusa, queda obligado a asumir el cargo; si acepta la tutela o protutela a pesar de tener excusa, se entiende que renuncia a la exención que le concede la ley (C.C. art. 343).

El plazo útil para proponer la excusa es de tres días, más el término de la distancia[1]. El plazo se computará a partir de la notificación del nombramiento de tutor o protutor correspondiente, salvo cuando se trata de tutor legítimo, caso en el cual los tres días correrán desde que el interesado tenga conocimiento del hecho que motiva su encargo (C.C. art. 345). Vencido el plazo indicado, la oposición de la excusa sería inoperante, salvo que se demuestre la imposibilidad en que estuvo el interesado de proponerla oportunamente. El plazo es único para todas las excusas que tenga una persona, de modo que si tiene más de una debe oponerlas todas dentro de los tres días señalados.

Propuesta la excusa, el Tribunal nombrará al pupilo un tutor interino para que defienda los intereses del menor en el procedimiento. Por su parte, quien se excusa deberá comprobar la causal que alegue.

Para que el Juez acepte la excusa es necesario que se haya comprobado la causa alegada y que la causa sea una de las mencionadas por la ley. Pero, por lo demás, el Juez de Primera Instancia no puede aceptarla si el Consejo de Tutela emite dictamen desfavorable (como se observa, en este caso la opinión del Consejo no es meramente consultiva).

Si el fallo de Primera Instancia es negativo, el interesado podrá apelar, pero contra decisión del Superior no habrá recurso (C.C. art. 346, ap. único).

Hay quien opina que aun cuando la causal sea legítima, esté comprobada y el Consejo haya dictaminado favorablemente, el Juez tiene la facultad discrecional de aceptar o negar la excusa. Se señala, en efecto, que el Código Civil establece que

1 Se llama término de la distancia al plazo adicional que se concede a las personas que se encuentran fuera del lugar donde el Tribunal tiene su sede, y que se calcula en proporción a la distancia que existe entre dicha sede y el lugar donde se encuentra la persona de que se trata.

"El Juez de Primera Instancia, previa comprobación de la causa alegada, con intervención [illegible] y el dictamen [illegible], previa documentación [illegible] podrá aceptar la excusa presentada por el tutor o protutor [illegible] de éste, y con los mismos requisitos podrá aceptar [illegible] la renuncia de ellos" (C.C. art. 346, encab.)

En realidad el texto no es definitivo porque aun en el supuesto regulado (que se haya comprobado la causa alegada con la intervención y dictamen establecidos) todavía puede resultar que la causa alegada no sea una de las establecidas por la ley, que la excusa haya sido propuesta extemporáneamente o que el Juez considere que quien la invoca había aceptado el cargo, casos en los cuales no procede la aceptación de la excusa. Por lo demás, la idea de que la excusa debidamente opuesta conforme a la ley da un verdadero derecho a negarse a asumir el cargo, derecho que no puede cercenar discrecionalmente el Juez, resulta claramente del texto del Código Civil que califica a la excusa de "exención que concede la ley" (C.C. art. 343).

c) Régimen de las excusas de los miembros del Consejo de Tutela

a) Supuestos de excusa. De acuerdo con la ley, el Juez puede excusar a los miembros del Consejo de Tutela tanto del cargo como de la asistencia de las sesiones por razón de la distancia u otros motivos justos, cuya apreciación corresponde al propio Juez (C.C. art. 327).

b) Procedimiento. El interesado debe solicitar la excusa ante el Juez de la constitución de la tutela (C.C. art. 327), quien decide sobre ella sin necesidad de seguir ningún procedimiento ni de cumplir las formalidades establecidas para las excusas de la tutela o protutela.

3° Sanciones

El incumplimiento del deber de asumir los cargos de la tutela ordinaria de menores puede originar diversas sanciones.

A) Por una parte, todo tutor, protutor o suplente de éste que aparezca moroso para entrar en ejercicio de su cargo debe ser compelido por el Juez con multa de cien bolívares por cada intimación, después de la primera, sin perjuicio de las demás responsabilidades en que incurra (C.C. art. 317). Respecto de los miembros del Consejo de Tutela dispone el artículo 332 del Código Civil

que cuando los tutores [illegible] sus deberes legales se [illegible] el Juez [illegible] indicada.

B) Pueden [illegible] sus cargos [illegible] se [illegible] prevista [illegible] Código Civil [illegible] la persona del menor o en la administración de sus bienes). Y,

C) De igual manera [illegible] las personas [illegible] serán condenadas a [illegible] ocasionado [illegible]

FORMALIDADES PREVIAS AL EJERCICIO DE LA TUTELA

Después [illegible] el tutor [illegible] Código Civil exige el cumplimiento de ciertos requisitos antes de que el tutor pueda entrar en el [illegible] propias: 1) [illegible] pupilo tenga protutor; 2) que se forme [illegible] inventario de los bienes del pupilo; 3) [illegible] de tutor, y 4) que se discierna el cargo de tutor [illegible] o alcalde [illegible] las dos últimas [illegible] requisitos [illegible] persona [illegible] tienden a garantizar [illegible] del régimen de protección [illegible] previas [illegible]

I. Existencia del protutor

El tutor no podrá [illegible] protutor [illegible] del protutor.

[illegible] protección del pupilo.

[illegible] art. 336, ap. único).

II. FORMACIÓN Y CONSIGNACIÓN DEL INVENTARIO DE LOS BIENES DEL PUPILO

1° Generalidades

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

2° Formación del inventario

A) Personas obligadas a formarlo

a) Principio general: [illegible] protutor [illegible] intervención del Juez ni de testigos.

[illegible] de ellos mismos.

b) Casos especiales

[illegible] 326 del Código Civil).

[illegible]

B) Comienzo: [illegible] tutor.

C) Contenido: [illegible]

de los muebles y la descripción del estado de los inmuebles y su valor, por lo menos aproximado, se harán en todo caso (C.C. art. 353). Aunque no hay disposición expresa sobre la materia, creemos que el inventario no se extiende a los bienes cuya administración haya sido encomendada a uno de los curadores especiales previstos en el artículo 311 del Código Civil.

D) Término para concluirlo. El inventario debe terminarse dentro de treinta días*, pero el Juez podrá prorrogar dicho término si las circunstancias lo exigieren (C.C. art. 351, 2ª disp.). Creemos que los treinta días se comienzan a contar a partir de la expiración del plazo para iniciarlo. La prórroga debe ser solicitada por alguno de los obligados a formar el inventario antes de la expiración del término legal (a menos que haya imposibilidad de hacerlo antes de dicha expiración). El Juez tiene poder discrecional para conceder o no la prórroga y para fijar la duración de la misma.

E) Inventario de establecimientos de comercio o industria. Si en el patrimonio del menor hubiere establecimientos de comercio o industria, no sólo prevé la ley la intervención adicional de las personas que el Consejo de Tutela crea conveniente llamar, sino que ordena proceder según las normas usuales de practicar tales inventarios (C.C. art. 354).

3° Consignación del inventario

A) Personas obligadas a consignarlo. Deben consignar el inventario las personas encargadas de formarlo (C.C. art. 355).

B) Término. La ley no fija un plazo para la consignación, pero la manera más categórica de probar que el inventario fue levantado oportunamente es consignarlo antes del vencimiento del término legal para concluirlo o de su prórroga, si la hubiere.

C) Ante quién debe consignarse. El inventario debe consignarse ante el Tribunal de la constitución de la tutela o, en su caso, ante el Tribunal comisionado (C.C. art. 355).

* [illegible] G., vol. XLVII, pp. 71-73).

D) Formalidades. La consignación implica la entrega del inventario que se haya formado y el juramento de las personas encargadas de levantarlo de haberlo practicado con exactitud (C.C. art. 354). El Juez debe dejar constancia del juramento (C.C. art. 355).

4° Sanciones

A) Los Jueces de Primera Instancia, Departamento, Distrito, Parroquia o Municipio, cada uno en su caso, deben obligar a los tutores, protutores y miembros del Consejo de Tutela a cumplir con sus deberes en materia de inventario, bajo pena de multas no menores de cien bolívares por cada falta (C.C. art. 357), y la autoridad que sea remisa en el cumplimiento de este deber será responsable de los perjuicios (C.C. art. 357).

B) La omisión o falta cometida por las personas encargadas de formar y consignar el inventario hace responsables solidarios[8] a quienes cometieran la falta u omisión, de los perjuicios que se causen al menor (C.C. art. 356).

C) De manera especial, será removido el tutor que no inscriba en el inventario el crédito que tuviere [illegible] en favor del menor, y [illegible] será removido (C.C. art. 358).

D) De manera general, [illegible] quienes no hayan hecho el inventario en el tiempo y forma prevenidos por la ley, o no lo hayan verificado con fidelidad (C.C. art. 340, ord. 2°).

5° Observación complementaria

Los bienes que el menor adquiera con posterioridad a la formación y consignación del inventario, también se inventariarán con las mismas formalidades (C.C. art. 359).

8 [illegible] el menor puede escoger a [illegible]

III. ASEGURAMIENTO DE LAS RESULTAS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL TUTOR

1º Generalidades

El aseguramiento de las resultas de la administración del tutor consiste en la constitución de una garantía (en sentido técnico) para asegurar el crédito que eventualmente llegue a tener el pupilo contra el tutor en razón de la administración de este. En algunos Derechos no se exige dicho aseguramiento en ningún caso y en otros solo excepcionalmente, pero entre nosotros su exigencia constituye la regla general.

2º Supuestos del deber

El deber de asegurar las resultas de su administración presupone:

A) Que el tutor no sea abuelo o abuela del pupilo; y

B) Que se haya concluido el inventario (CC, art. 360, [illegible]).

3º Objeto del deber

El tutor solo está obligado a soportar la hipoteca legal del caso (CC, art. 366, ap. 3º), pero si lo prefiere, puede liberarse de esa obligación mediante la constitución de otras garantías.

A) La prestación principal consiste, pues, en soportar una hipoteca que garantice las resultas de la administración tutelar, pero no otros créditos que pueda llegar a tener el pupilo frente al tutor a menos que tengan relación con la tutela.

La hipoteca debe constituirse por la cantidad fijada por el Juez de la constitución de la tutela (CC, art. 366, ap. 1º), por decreto que [illegible], sin intervención del Consejo de la Tutela. Para la fijación del monto de la garantía, el Juez debe tener en cuenta la naturaleza y cuantía de los bienes que forman el patrimonio del pupilo para tratar de determinar el monto de los perjuicios que pueda sufrir este antes de que se adopten otras medidas (como p. ej. la remoción del tutor). La decisión del Juez es irrecurrible.

Aunque la letra de la ley pudiera inducir a error de hacer creer que en general todos los bienes inmuebles del tutor quedan hipotecados a favor del menor (C.C. art. 1.885, ord. 3º) la hipoteca debe constituirse sobre bienes determinados de valor que sean suficientes para garantizar la suma fijada por el Juez. El Tribunal hará acreditar la propiedad y suficiencia del inmueble correspondiente. Si el tutor no indica los bienes sobre los cuales debe constituirse la hipoteca ni ofrece ninguna otra garantía, el Consejo de Tutela determinará los bienes del tutor sobre los cuales se debe constituir la hipoteca y si, en el mismo caso, no tuviere el tutor bienes suficientes, se procederá al nombramiento de otro (C.C. art. 360, ap. 3º).

La hipoteca en todo caso debe registrarse (C.C. art. 1.879).

B) El tutor, para evitar la constitución de la hipoteca arriba indicada, puede ofrecer otra garantía. Si nos atuviéramos al texto del aparte 2º del artículo 360 del Código Civil, podría creerse que la ley sólo admitiera como garantía la hipoteca legal o cualquier otra, como por ejemplo la que ofreciera un tercero por el tutor y la fianza. Sin embargo, en el aparte 1º del mismo artículo se habla en términos generales de caución real o personal de manera que bien podrían admitirse otras garantías reales o personales, en especial, una prenda.

El crédito garantizado por esta caución y el monto de la garantía son los mismos de la hipoteca legal.

4º Sanción

Si el tutor no constituye garantía para asegurar las resultas de su administración, será removido y, si ello ocurre por culpa suya (no por causas que no le sean imputables como sería la carencia de medios) será condenado, además, a indemnizar al pupilo de los daños y perjuicios que cause al pupilo (C.C. art. 360, encab.).

5º Observación complementaria

El Juez en el curso de la tutela puede aumentar (o disminuir) la caución ya exigida y, asimismo, puede, a solicitud del tutor, permitir

[illegible]

IV. Discernimiento de la tutela

1° Conceptos

Discernimiento de la tutela es el acto judicial [illegible] al tutor para entrar en [illegible] sus funciones y también el instrumento o documento en el cual [illegible]. En Derecho alemán [illegible] al acto jurídico [illegible] al documento.

2° Fundamento

La exigencia del discernimiento [illegible] dos razones [illegible] de la constitución de la [illegible] que el tutor entre [illegible] sus funciones [illegible] la prueba de su [illegible] del discernimiento [illegible] del requisito del discernimiento [illegible] abuela del pupilo (C.C. art. 312).

3° Procedencia

El discernimiento del cargo de tutor [illegible] las demás formalidades previas [illegible] tutor es abuelo [illegible] legítimo o natural del pupilo.

4° Forma

[illegible]

apellido, edad y domicilio del pupilo, del tutor y del protutor; debe hacer mención del título que confiere al tutor la calidad de tutor (p. ej. el testamento o escritura pública del padre o la madre, la designación del Juez, etc.) y debe declarar que han sido cumplidas todas las formalidades legales para el ejercicio del cargo (C.C. art. 413).

5° Publicidad y registro

El discernimiento del cargo de tutor debe protocolizarse en el Registro Público de la jurisdicción del domicilio del pupilo para el momento de la apertura de la tutela, dentro de quince días a contar desde que el nombrado entre en el ejercicio de sus funciones (C.C. art. 414) y publicarse por la prensa dentro de los quince días después de su fecha (C.C. art. 415). Los Jueces de Primera Instancia velarán por el cumplimiento de tales disposiciones. A tal efecto exigirán que se lleve al respectivo expediente constancia de haberse efectuado el registro y la publicación, imponiendo, en caso de omisión, multas hasta de quinientos bolívares a los infractores (C.C. art. 416).

Debe advertirse, sin embargo, que la publicación y registro del discernimiento no son formalidades previas al ejercicio del cargo, ya que la ley no las exige como requisitos previos al desempeño del mismo[9].

TUTELA INTERINA

I. GENERALIDADES

Dentro del proceso de constitución de la tutela ordinaria de menores, puede constituirse una tutela interina para atender entretanto a la protección del pupilo. Tal previsión resulta útil especialmente en los casos en que la designación de los cargos tutelares se complica o retarda (p. ej. cuando se ha hecho oposición por vía judicial contra la designación del tutor).

9 [illegible] Expresamente [illegible] Miranda, sent. de 27 [illegible] XXXV [illegible]

II. Apertura

La tutela interina sólo se abre cuando el Juez de la constitución de la tutela ordinaria lo encuentra conveniente (C.C., art. 313, citado).

III. Delación

La designación del tutor interino corresponde al Juez de la constitución de la tutela, quien deberá preferir para el cargo, en igualdad de circunstancias, a los parientes del menor o a los amigos de la familia (C.C., arts. 313 y 310).

IV. Formalidades previas

El tutor interino no está sujeto al cumplimiento de las formalidades previas al ejercicio del cargo de tutor permanente, pero el Juez puede imponerle alguna en ejercicio de su atribución de dictar las medidas que crea oportunas para evitar al menor todo perjuicio en la tutela interina (C.C., art. 315, citado).

V. Funcionamiento

Las funciones del tutor interino se limitan, en principio, a la guarda del menor y a los actos de administración y conservación indispensables (C.C., art. 314, citado).

Cuando haya necesidad urgente de ejecutar un acto que exceda de la simple administración o de intentar una acción contra el menor, el Juez autorizará especialmente al tutor interino, caso en el cual deberá oírse al Consejo de Tutela (C.C., art. 313, ap. 1 y 315).

VI. Cesación

La tutela interina cesa al entrar el tutor ordinario permanente en ejercicio de sus funciones (C.C., art. 3[illegible])[illegible].

[illegible] Sobre los temas tratados en este capítulo puede consultarse: Aguilar Gorrondona, José Luis: "Necesidad, Apertura y Constitución de la Tutela Ordinaria de Menores (...)", ob. cit., Capítulos IV y V.

Capítulo XXV

TUTELA DE MENORES: CONTINUACIÓN

Funciones del tutor. Funciones del protutor y de su suplente. Funciones del Consejo de tutela.

FUNCIONES DEL TUTOR

El tutor tiene la guarda de la persona del menor, es su representante legal y administra sus bienes (C. C., art. [illegible]).

GUARDA DEL PUPILO

1. La guarda del pupilo corresponde al tutor, pero sus poderes [illegible] patria potestad en los siguientes aspectos:

1. En la patria potestad la regla es [illegible] que la ejercen determinen libremente el lugar en el cual ha de ser criado el hijo y la educación que debe dársele. En cambio, tales decisiones en la tutela suelen corresponder al Juez. En efecto, [illegible] del pupilo [illegible] consultando previamente al Consejo de tutela y oyendo al menor si es mayor de diez años, determinará el lugar en que debe ser criado y la educación que debe dársele. Si la decisión del Tribunal no fuere conforme con el parecer del Consejo [illegible] Superior [illegible] cumpliéndose mientras tanto lo determinado por el Tribunal (C. C., art. [illegible]).

2º Aunque el tutor, al igual que el padre en ejercicio de la patria potestad, puede imponer correcciones al menor, la ley hace en materia de tutela una distinción diferente a la que existe en la patria potestad. Las correcciones moderadas pueden ser impuestas por el tutor sin intervención de otras partes; pero si no bastare la corrección moderada del tutor, el tutor deberá ponerlo en conocimiento del Juez de Parroquia o Municipio donde no residiere el Juez de Primera Instancia y se procederá conforme a lo dispuesto en el art. 266, C.C. Y.

3º A falta de padres, corresponde a los abuelos y no al tutor dar su consentimiento para que el menor contraiga matrimonio (C.C., art. 61).

II. Si el tutor incumple sus obligaciones de guarda puede ser sancionado con:

1º La condena a pagar al pupilo indemnización por los daños y perjuicios que con ello le ocasione.

2º La condena a pagar indemnización por los daños y perjuicios previstas en el artículo 1.196 del Código Civil.

3º La remoción del cargo (C.C., art. [illegible], ord. 3º).

4º Según los casos, las condenas penales por diversos delitos (homicidio, lesiones personales, abandono de niños o de otras personas incapaces de proveer a su seguridad o salud, excesos en la corrección o disciplina o servicio en la familia).

REPRESENTACIÓN LEGAL DEL PUPILO

I. ATRIBUCIÓN DEL PODER DE REPRESENTACIÓN

El poder de representación del pupilo en principio corresponde al tutor ordinario permanente desde que entra en ejercicio de su cargo, pero por excepción se atribuye:

1º Al curador especial respecto de los actos donde hay oposición de intereses entre los diversos pupilos sometidos a un mismo tutor (C.C., art. [illegible], aplicado en relación con el art. [illegible], ap. ult.).

2º Al protutor cuando haya oposición de intereses entre el tutor y el pupilo (C.C. art. 337, encabezado), excepto en los procedimientos de remoción o excusa del tutor, en los cuales se encomienda a un tutor interino la representación del pupilo (C.C. arts. [illegible] y [illegible]), y en el procedimiento de oposición al nombramiento del tutor, caso en el cual la representación del pupilo corresponde al Procurador de Menores (C.P.C. art. 726).

Sobre el concepto de oposición de intereses se trató a propósito de la patria potestad.

3º Al curador especial previsto en el artículo 311 del Código Civil respecto de los actos relativos a los bienes cuya administración se les encomienda[1].

4º Al protutor cuando la tutela quede abandonada o vacante, en lo que atañe a los actos conservatorios y de simple administración que no admitan retardo (C.C. art. 337, ord. 2º).

5º Al tutor interino, mientras ejerza el cargo y dentro de los límites señalados en el capítulo anterior.

Por último, con vista a la Reforma que privó del poder de representación a los padres en ejercicio de la patria potestad que no supieran leer y escribir (C.C. art. 2[illegible]), creemos que debe llegarse a la conclusión de que lo propio ocurre con los tutores analfabetas y de que en tal caso deberá nombrarse un curador especial al pupilo para que lo represente en los actos civiles.

II. Extensión del poder de representación del tutor

El poder de representación del tutor tiene como límites su finalidad, que es la de remediar la incapacidad del pupilo. En consecuencia, como el pupilo es un menor y, por lo tanto, un incapaz afectado por una incapacidad negocial que en principio es plena, general y uniforme, el poder de representación del tutor se extiende en principio a toda clase de actos jurídicos.

Sin embargo, no se extiende dicha representación:

1º A los actos estrictamente personales que no se pueden realizar por medio de representante y que sólo se pueden realizar

1 Sobre esta curatela ver nota del Cap. XX.

mediante representante voluntario. De estos actos se trató a propósito de la extensión del poder de representación del padre que ejerce la patria potestad.

2. A los actos para los cuales el pupilo tiene capacidad plena o limitada.

3. A los actos relativos a intereses económicos del menor, pero respecto de los cuales el tutor, por excepción, no tiene ningún poder de administración.

En el caso de que el tutor actúa dentro de los límites legales de su poder de representación, debe a veces cumplir formalidades habilitantes.

Los actos celebrados por el tutor fuera de los límites de su poder de representación o sin haber cumplido las formalidades habilitantes exigidas por la ley, están viciados de nulidad relativa que sólo puede invocarse por parte del pupilo o sus herederos o causahabientes, ya sea personalmente o a través de representante (C.C., art. 386).

ADMINISTRACION DEL PATRIMONIO DEL PUPILO

I. ATRIBUCIÓN DEL PODER DE ADMINISTRACIÓN DEL PATRIMONIO DEL PUPILO

El poder de administración del patrimonio del pupilo corresponde, en principio, al tutor permanente desde que entre en ejercicio del cargo; pero por excepción se atribuye:

1. Al tutor interino mientras ejerza su cargo, con las limitaciones señaladas en el capítulo anterior.

2. Al curador especial previsto para los actos en que haya oposición de intereses entre los distintos pupilos de un mismo tutor (C.C., art. 310).

3. Al protutor respecto de los actos en que haya oposición de intereses entre el tutor y el pupilo (C.C., art. 337, encabezamiento).

4. Al curador especial previsto en el artículo 311 del Código Civil respecto de los bienes cuya administración se ha confiado a éste. Y,

5. Al protutor, cuando la tutela haya quedado vacante o abandonada, respecto de los actos de conservación y de simple administración que no admitan retardo (C. C., art. 337, ord. 2º).

Por lo demás, como la Reforma privó del poder de administración a los padres analfabetas en ejercicio de la patria potestad (C. C., art. 277), debe concluirse que tampoco tienen dicho poder los tutores analfabetas y que en tal caso deberá nombrarse un curador especial para que administre los bienes del pupilo.

II. Bienes sometidos a la administración del tutor

En principio, están sometidos a la administración del tutor todos los bienes que se encuentran en el patrimonio del pupilo, pero por excepción, no lo están:

1. Los mismos bienes de cuya administración no podría ser privado el menor si estuviera bajo patria potestad (C. C., art. 2[illegible]) [illegible], ya que para excepciones de la administración tutelar existen las mismas razones que determinaron al legislador a excepciones de la administración paterna.

2. Los bienes confiados al curador especial previsto en el artículo 311 del Código Civil.

3. Los bienes adquiridos por el pupilo por [illegible] sucesión en la cual el tutor era indigno de suceder, por [illegible] de lo dispuesto respecto de padres [illegible] del Código Civil [illegible].

4. Los bienes que se subroguen a los anteriores.

III. Actos preliminares en la administración tutelar

La ley impone que, antes de comenzar la administración tutelar o al comienzo de ella, según los casos, se realicen los siguientes actos:

1. La formación y consignación del inventario o memorial de los bienes del pupilo (Ver capítulo anterior).

2. El aseguramiento de los resultados de la administración del tutor (Ver capítulo anterior). Esta formalidad y la anterior, como se ha señalado, deben cumplirse antes de que el tutor entre en ejercicio

de sus funciones (y, por lo tanto, antes de que inicie su administración).

5) La fijación del máximo de gastos para la manutención y educación del pupilo.

a) Oportunidad. La fijación debe hacerse después de consignado el inventario, pero no es requisito previo al ejercicio de las funciones del tutor.

b) Órgano. Corresponde hacer la fijación al tribunal, oyendo al Consejo de Tutela (CC, art. 362, [illegible]). No se exige una solicitud o proyecto presentado por el tutor, aun cuando es usual que éste lo presente.

c) Objeto. La fijación se refiere a los gastos de manutención y educación del menor (CC, art. 362, [illegible]). No comprende otros gastos [illegible] por la administración de los bienes del pupilo o la remuneración del tutor.

d) Criterios. La fijación del máximo debe hacerse teniendo en cuenta la posición y las circunstancias del pupilo y principalmente la renta líquida de su fortuna (CC, art. 362, [illegible]). Como regla general puede establecerse que el máximo no debe sobrepasar la renta líquida del patrimonio pupilar, sin perjuicio de que por excepción se establezca un máximo más elevado.

e) Alteración. El monto fijado puede alterarse según las circunstancias de la misma manera como se realizó la fijación original (CC, art. 362, [illegible]) [illegible] otros derechos.

f) Compensación de frutos por alimentos. La ley prevé que por excepción, en vez de fijar el máximo de los gastos de manutención y educación del pupilo, se acuerde la compensación de frutos por alimentos.

Esa compensación consiste en que el tutor hace suyos los frutos del patrimonio del pupilo a cambio de asumir los gastos de manutención y educación de éste. En consecuencia, ni puede exigírsele al tutor que rinda cuenta de los frutos percibidos ni puede el tutor cargar al pupilo gastos de manutención y educación; ya que el tutor no está obligado a restituir los frutos que excedan de dichos gastos ni puede pretender que se le reembolsen gastos que excedan de aquellos frutos.

Sólo puede acordarse la compensación de frutos por alimentos si después del previo examen el Consejo lo creyere equitativo y el Tribunal lo encontrare suficientemente justificado (C.C. art. 362 ap. único). En consecuencia, el Juez no puede autorizar la compensación si el parecer del Consejo no fuere favorable a la misma.

Aun cuando la ley no lo destaque, la compensación de referencias no puede establecerse por la sola decisión del Tribunal previo examen favorable del Consejo de Tutela, sino que también es necesaria la aceptación de la misma por parte del tutor.

IV. EXTENSIÓN DE LOS PODERES DE ADMINISTRACIÓN DEL TUTOR

1° Principios

La ley prohíbe al tutor la realización de algunos actos, e impone la celebración de otros, subordina la validez de otros actos al cumplimiento de formalidades [illegible] (unas veces autorización judicial, otras veces audiencia del protutor) y [illegible] respecto de los demás. Frente a esa realidad se presentan dos teorías opuestas en cuanto a la extensión de los poderes de administración que corresponden al tutor.

A) Según la teoría clásica la [illegible] del tutor [illegible] en la administración de los [illegible] los establecen las [illegible] prohíbe ciertos actos, ordena otros y no exige formalidades para otros. Esta teoría se apoya en dos argumentos principales: [illegible] la disposición general atribuye la administración del patrimonio pupilar al tutor (C.C. art. [illegible]) y luego en orden a ciertos actos de gestión patrimonial sujeta al tutor a determinadas limitaciones, resulta evidente que el legislador no quiso limitar [illegible] los demás actos de la administración de dicho patrimonio; y [illegible] la interpretación anterior era la imperante en Francia antes del Código Napoleón [illegible] sin que exista ningún indicio de que se hubiera querido alterar la situación ni en los trabajos preparatorios del Código citado ni posteriormente cuando se promulgó el Código francés de [illegible] ni cuando las normas correspondientes fueron recogidas por nuestros legisladores.

B) Según la teoría de los poderes de administración, el tutor no puede realizar por sí solo sino los actos de simple administración, de modo que para realizar actos de disposición requiere el cumplimiento de formalidades habilitantes, aun en los casos en que no lo exija una norma expresa de la ley. En nuestro Derecho, es argumento fundamental en favor de la teoría [illegible] que la ley exige a los padres en ejercicio de la patria potestad autorización judicial para realizar cualquier acto de disposición y no puede admitirse que el legislador haya conferido al tutor poderes más extensos que al padre o a la madre que ejerce la patria potestad. En contra de la teoría se suele oponer en primer argumento de que conforme a ella no podrían realizarse válidamente actos de disposición que la ley no sujeta a una determinada formalidad habilitante, pero [illegible] al no señalar la ley cuál de las varias formalidades habilitantes es la [illegible]. Pero [illegible] Derecho podría replicarse que la formalidad necesaria sería la autorización judicial [illegible] pues se exige [illegible] otra menos rigurosa sobre todo [illegible] de reconocer al tutor poderes más amplios que al padre o a la madre que ejerce la patria potestad, quienes como se [illegible] requieren autorización judicial para poder realizar cualquier acto de disposición.

Consideramos argumentos definitivos contra la teoría de los poderes de administración los dos argumentos en que se basa la teoría de la plenitud de poderes y, además, que si la ley permite al tutor realizar sin necesidad de autorización judicial ciertos actos para los cuales se exige al padre o a la madre esa autorización, es porque sobre el tutor existe mayor control y la garantía protectora de [illegible] presentar estados [illegible] y de [illegible] constituida una garantía para responder de las resultas de su gestión.

C) No obstante el auge que llegó a tener la teoría de los poderes de administración, hoy en día prevalece la teoría de la plenitud de los poderes con la mitigación de afirmar que, además de las limitaciones resultantes de disposiciones legales expresas, los poderes del tutor como administrador tienen limitaciones derivadas de la finalidad para la cual han sido conferidos, que es la de conservar, hacer producir y aumentar el patrimonio del pupilo, en la medida en que ello no exija sacrificar valores superiores (como serían, por ejemplo, la vida, salud o educación del pupilo).

2° Actos prohibidos al tutor

[illegible] pupilo).

[illegible] contratos con el pupilo.

[illegible] aparte).

[illegible] art. 844)[2].

[illegible]

B) Prohibiciones expresas en materia sucesoral

a) [illegible] inventario (C.C. arts. 367 y 998)[3]

b) Tampoco puede el tutor [illegible] (C.C. art. 367)

C) [illegible] supra. Así [illegible]

3° Actos impuestos al tutor

A) La ley impone al tutor la obligación de [illegible]

La misma observación cabe respecto de la obligación de [illegible] respecto de la [illegible] que no

3 [illegible]

4 [illegible] nota 9

5 [illegible]

sea abuelo o abuela debe presentarlos al menor, y todos los tutores están obligados a presentarlos cuando el Tribunal lo exija, conforme a los artículos 377 y 340, ord. 4º).

B) El tutor está obligado a dar colocación inmediata a los fondos disponibles del menor, y si deja de hacerlo sin causa razonable, será responsable del interés corriente en el mercado (C.C. art. 368).

C) El tutor en su caso está obligado a convertir, con intervención del protutor y siempre que fuere posible, los títulos de deuda pública, bonos, rentas o acciones al portador, de empresas civiles o comerciales pertenecientes al pupilo, en títulos nominativos a favor del mismo (C.C. art. 366). Con ello se trata de librar al menor de los peligros que representan el extravío o sustracción de títulos al portador, que casi siempre implica la pérdida del derecho representado en el título).

D) Si en el patrimonio del menor se encontraren establecimientos de comercio o industria, éstos serán enajenados o liquidados por el tutor con autorización del Juez, pero podrán continuar los negocios de aquellos establecimientos si, a juicio del Consejo de Tutela, [illegible] manifiestamente conveniente y lo aprobare el Juez (C.C. art. 3..). Así pues, salvo la excepción indicada, se le impone al tutor la enajenación o liquidación de los establecimientos de comercio o industria que pertenezcan a su pupilo como propietario o copropietario, lo que se explica por el interés de sustraer al pupilo de los riesgos que suponen tales empresas. La excepción a su vez se justifica porque en determinados casos la cesación de los negocios puede ser manifiestamente perjudicial al pupilo; por ej.: si los riesgos son pequeños y las ganancias pingües, si en el momento o por las características del establecimiento no puede enajenarse o liquidarse éste sin que ello implique una apreciable pérdida de riqueza para el pupilo, etc.).

Obsérvese que el deber de enajenar o liquidar establecimientos de tal suerte no se extiende a los establecimientos que sean propiedad [illegible] parte del pupilo [illegible] (tales

6 Actualmente están prohibidas [illegible]

[illegible] la sociedad [illegible] de las [illegible] facultades [illegible] por lo tanto [illegible] responsabilidad que [illegible] con dolo o con negligencia [illegible]

4° Actos sujetos a aprobación judicial

A) [illegible] artículo [illegible] Código Civil señala [illegible]

a) [illegible] garantía

b) Dar prendas o hipotecas

[illegible] bienes inmuebles [illegible]

[illegible] de cambio, cheques, etc.)

e) [illegible] para los [illegible] vestido [illegible]

f) Dar [illegible] inmuebles por tiempo determinado

g) [illegible] pagar mejoras

h) Repudiar herencias

i) Aceptar [illegible] renta a un tercero)

j) [illegible]

k) [illegible]

l) Llevar a cabo particiones

B) [illegible] poderes de administración [illegible]

sería enunciativa y deberían considerarse comprendidos en ella todos los actos de disposición no mencionados expresamente. De acuerdo con la teoría de la plenitud de poderes, la enumeración es taxativa, de modo que los demás actos de administración patrimonial puede realizarlos el tutor libremente, a menos que en razón de otras disposiciones legales le estén prohibidos o impuestos (ver *supra*), o que, por disposición expresa, no puedan realizarse sin haber oído la opinión del protutor (ver *infra*). Personalmente adherimos a esta posición.

Por lo demás, debe tenerse en cuenta que, independientemente del carácter taxativo de la enumeración, las normas del artículo citado deben ser interpretadas a veces en forma extensiva y a veces en forma restrictiva. Además, la enumeración del citado artículo 365 se complementa con otras disposiciones legales expresas que sujetan a la autorización judicial otros actos (p. ej., la liquidación de establecimientos de comercio o industriales del menor y la continuación de los negocios de los mismos según el artículo 369 del Código Civil).

C. La autorización judicial. En esta materia rigen las normas del artículo 267 relativas a la autorización judicial que se confiere al padre o a la madre en ejercicio de la patria potestad (C. C., art. 365, ap. último), salvo lo establecido en ciertas normas especiales de la tutela.

a) Condiciones y naturaleza de la autorización. Ver cap. XX.

b) Competencia judicial. Ver capítulo XX.

c) Procedimiento

a. El tutor, personalmente o por medio de apoderado, deberá solicitar la autorización al juez por escrito en papel común y sin estampillas. En dicha solicitud o en escrito posterior se indicarán las razones por las cuales se considera que el acto en cuestión es de evidente necesidad o utilidad para el pupilo, así como la inversión que haya de darse a los fondos provenientes del acto, en su caso.

b. El tutor deberá probar la evidente necesidad o utilidad del acto para el cual pide autorización.

c. Si el menor ha cumplido ya la edad de quince años y se encuentra en el país, el juez deberá oírlo antes de someter el asunto

al Consejo de Tutela y sin perjuicio de que éste también determine oír al menor antes de emitir opinión (C.C. art. 331).

d) [illegible] asunto [illegible] consultar al Consejo de Tutela [illegible] (C.C. art. 328). A tal efecto el Juez convocará al Consejo [illegible] al protutor, el cual podrá asistir a las sesiones del Consejo, pero sin derecho a votar (C.C. art. 333).

Cuando algún miembro del Consejo tenga interés en el asunto sobre el cual ha de opinar [illegible] consanguíneos en cualquier grado en la línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado inclusive, o sus afines hasta el segundo grado también inclusive, lo manifestará para que se le sustituya [illegible] pero, no obstante, la sustitución puede ser [illegible] por el Consejo si éste lo estima conveniente (C.C. art. 330).

El Consejo de Tutela [illegible] al Juez [illegible] (C.C. art. 328) [illegible] mayor de 15 años de edad (C.C. art. 334).

La opinión del Consejo de Tutela deberá ser emitida no después de cinco días [illegible] a partir de [illegible] de todos sus miembros [illegible] pero el Juez puede prorrogar [illegible] lapso [illegible] exceder de 30 días (C.C. art. 329).

La opinión del Consejo de Tutela se tomará por mayoría, será motivada (C.C. art. 328) y deberá concretarse a los puntos o estipulaciones cuyo conjunto forma [illegible] materia de la resolución [illegible] (C.C. art. [illegible]).

e) El Juez debe oír la opinión del Ministerio Público (C.C. art. 267 [illegible]) aplicable de acuerdo con el art. [illegible].

f) El Juez puede tomar una de tres decisiones:

1. Pedir otros datos que estime necesarios [illegible] cuando sea conducente [illegible] presentación [illegible] de los bienes del menor y la demostración del estado [illegible] (C.C. art. 371).

2. Negar la autorización solicitada [illegible] si estima que el acto no es de evidente necesidad o utilidad para el pupilo [illegible]

[illegible] éste no es conveniente

[illegible] los daños y perjuicios que se [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible] los tres días siguientes

[illegible] estampillas (C.C.art. 323, ap. 1º)

[illegible]

[illegible]

5° Actos para los cuales se requiere oír la opinión del protutor

[illegible]

6° Actos que puede realizar libremente el tutor

[illegible]

[illegible]

V. Remuneración del tutor

[illegible]

pudiendo exceder [illegible] de la [illegible] de los bienes [illegible]

Por lo demás [illegible] libertad de testar [illegible] disponer [illegible] del padre o de la madre [illegible] normas de orden [illegible]

El tutor pierde todo derecho [illegible] autorización [illegible] art. 351 ord. 2 y art. 550 [illegible]

FUNCIONES DEL PROTUTOR

El protutor [illegible] en Roma [illegible] de las del tutor.

1. Son funciones [illegible] del protutor:

1. Vigilar la [illegible]

Para [illegible] medidas legales conducentes.

Precisamente porque [illegible] protutor [illegible] el [illegible] mientras [illegible]

2. Mantener la continuidad de la protección [illegible] en caso de [illegible] corresponde al protutor [illegible] del Juez competente [illegible] de otro tutor [illegible] representa al menor [illegible] todos los actos [illegible] art. 337, ord. 2º).

3. [illegible] los casos en que los [illegible] art. 337, encab.).

[illegible] sean urgentes (C.C. art. 364).

FUNCION DEL PROTUTOR SUPLENTE

[illegible] del protutor [illegible]

FUNCIONES DEL CONSEJO DE TUTELA

I. GENERALIDADES

1° Principio general

En principio [illegible] Consejo [illegible] con el Juez la función de ejercer la [illegible] más importantes en materia [illegible] de órgano consultivo [illegible] del Juez [illegible] cuyas facultades de decisión [illegible] del Consejo, aunque por lo general [illegible]

conforme a la opinión del Consejo, esa decisión judicial debe consultarse con el Superior (ver *supra*).

2° Excepciones

A) Excepcionalmente, la ley encomienda al Consejo la función de tomar ciertas decisiones por sí solo. En particular, le corresponde al Consejo llamar a las personas que crea convenientes para que colaboren en la formación del inventario de los establecimientos de comercio o industria que pertenezcan al menor (C.C., art. 354) y determinar los inmuebles del tutor sobre los cuales debe constituirse hipoteca legal cuando el tutor no ofrece fianza para asegurar las resultas de su administración (C.C., art. 360) (ver infra aparte).

B) También excepcionalmente se establece que el Juez no puede tomar ciertas decisiones sin el voto favorable del Consejo de Tutela. Así sucede con: a) la aceptación de la excusa del tutor o protutor por parte del Juez de Primera Instancia (C.C., art. [illegible]); b) la decisión de nombrar tutor interino durante el juicio de remoción del tutor que aún desempeña el cargo (C.C., art. [illegible]); c) la decisión de acordar al tutor la compensación de frutos por alimentos (C.C., art. [illegible] ap. único); y d) la autorización al tutor para que continúe los negocios de los establecimientos de comercio o industria que [illegible]

II. Enumeración de las principales funciones del Consejo de Tutela

1° En la constitución de la tutela corresponde al Consejo:

A) Emitir opinión sobre el nombramiento de tutor dativo (C.C., art. 309);

B) Emitir opinión sobre la solicitud del tutor interino para que se le autorice a realizar actos que excedan de la simple administración, o de que se le autorice para defender al menor en juicio (C.C., arts. 313 y 315);

C) Emitir opinión sobre las solicitudes de excusa del tutor o protutor o suplentes de éste (C.C., art. [illegible]).

D) Intervenir en la formación y consignación del inventario inicial de los bienes del pupilo; y

E) Determinar los bienes del tutor sobre los que haya de constituirse, en su caso, la hipoteca legal.

2. En el gobierno de la persona del pupilo corresponde al Consejo emitir opinión sobre el lugar donde debe ser criado y la educación que deba dársele, en los casos en que tales decisiones correspondan al Juez (ver *supra*).

3. En la administración del patrimonio pupilar corresponde al Consejo de Tutela:

A) Emitir opinión sobre la fijación del máximo de gastos que debe hacer el tutor en la manutención y educación del menor, o sobre la conveniencia de acordar la compensación de frutos por alimentos (C.C. art. 362, ap. único).

B) Emitir opinión sobre la necesidad de autorización del tutor para realizar actos que requieren autorización judicial (C.C. art. [illegible]).

C) Emitir opinión sobre la enajenación, liquidación o continuación de los negocios de los establecimientos de comercio o industria o [illegible] pertenecientes al pupilo (C.C. art. [illegible]).

D) Examinar los estados de cuenta que presente anualmente el tutor (C.C. art. 377); y

E) Emitir su opinión sobre la procedencia de aprobar las cuentas presentadas por un tutor saliente al nuevo tutor (C.C. art. 378).

F. Corresponde también al Consejo de Tutela opinar sobre la conveniencia de abrir una tutela interina mientras dure el juicio de remoción del tutor [illegible] (C.C. art. [illegible]).

III. Remuneración

Las funciones de los miembros del Consejo de Tutela son gratuitas, salvo que por testamento o escritura pública del padre o de la madre que ejerciere la patria potestad se les señalare alguna retribución (C.C. art. 331).

Capítulo XXVI
TUTELA DE MENORES: FIN

Cesación de la tutela de menores. Obligaciones del tutor al cesar en su cargo. [illegible] por el tutor que la cesa [illegible] especial.

CESACIÓN DE LA TUTELA ORDINARIA DE MENORES

I. Concepto

La cesación de la tutela de menores puede ser absoluta o relativa. Hay cesación absoluta [illegible]

II. Supuestos de cesación absoluta

La cesación absoluta de la tutela de menores ocurre cuando desaparecen los supuestos de necesidad de la misma:

1º Por muerte del pupilo

2º Por llegar el pupilo a la mayor edad

3º Por emancipación del pupilo

4. Por sometimiento del menor a patria potestad, por ejemplo, en el caso de un [illegible] de madre, si se revocare la interdicción del padre o si regresare el padre que estaba ausente, etc. Más frecuente es el caso de que el pupilo sea adoptado por alguien.

5. Por haber sido sometido el menor a la colocación familiar o en entidad de atención (ver próximo capítulo).

III. Supuestos de cesación relativa

1. Supuestos de cesación relativa al tutor. La tutela ordinaria de menores cesa en relación con el tutor por las siguientes causas:

A) Muerte.

B) Renuncia aceptada por el Juez. Para la aceptación de la renuncia del tutor rigen las mismas normas que para la aceptación de la excusa del tutor (C.C. art. 346).

C) Remoción por decisión judicial [illegible] de remoción de la tutela [illegible].

a) Remoción del tutor en juicio principal de remoción de la tutela.

a') Generalidades. La ley ordena la remoción del tutor cada vez que considera que el desempeño del cargo por la persona que lo ocupa es incompatible con la función general del régimen de protección al que está sometido el menor; intereses que por ser colectivos explican la facultad de [illegible] Síndico Procurador Municipal y de que el Juez proceda de oficio. NO debe creerse que la remoción sea siempre una sanción contra el removido.

b') Causales de remoción. Procede la remoción del tutor:

1. Cuando no haya asegurado las resultas de su administración conforme a la ley (C.C. art. 340, ord. 1º).

2. Cuando no haya hecho el inventario en el tiempo y forma prevenidos por la ley o no lo haya verificado con fidelidad (C.C. art. 340, ord. 2º).

3. Cuando se conduzca mal en la tutela, respecto de la persona del menor o en la administración de sus bienes (C.C. art. 340, ord. 3º). Debe observarse que esta causal [illegible] las demás.

4. Cuando se negare a presentar el estado anual de cuentas que le exija la ley (C.C. art. [illegible]) [illegible] presentar el estado de cuenta [illegible] cuando [illegible] (C.C. art. 340, ord. 4º). Como se observa [illegible] el tutor no presente el estado de cuentas [illegible] por negativa o por evasión.

5. Cuando se averiguare o sobreviniere incapacidad o mala conducta (C.C. art. 340, ord. 5º).

6. Cuando haya sido condenado a pena corporal (C.C. art. 340, ord. 6º).

7. Cuando se le haya declarado [illegible] fraudulento (C.C. art. 340, ord. 7º).

8. Cuando haya [illegible] (C.C. art. 340, ord. 8º).

9. [illegible] inventario del pupilo [illegible] a su favor (C.C. art. [illegible]).

10. Cuando [illegible] el tutor [illegible] nombramiento de este (C.C. art. [illegible]).

11. [illegible] motivos (L.T.M. art. 82)[2].

c) Legitimación activa [illegible] puede ser promovido por [illegible] de consanguinidad [illegible] Síndico Procurador Municipal [illegible] art. 341).

[illegible] a la remoción del tutor.

[2] [illegible] cuando puede incurrir en la causal indicada.

d) Procedimiento. La remoción del tutor se seguirá por los trámites del juicio ordinario (C. C., art. 341, en concordancia con el art. 452 de la L.O.P.N.A., ap. único).

b) Remoción del tutor por sentencia penal.

a) La sentencia penal que condene al tutor por alguno de los delitos contra las buenas costumbres y buen orden de la familia (C. P., art. 382) implica la remoción del cargo.

b) Cuando el Juez encuentre que los hechos que constituyen los delitos de abuso en la corrección o disciplina o sevicia en la familia, cometidos por el tutor contra el pupilo, son tan graves que deba imponérsele la pena de remoción, lo hará en la propia sentencia condenatoria (C. Pen., art. 443).

2. Supuestos de cesación relativa al protutor y al suplente de [illegible] siguientes causas:

A) Muerte.

B) Renuncia aceptada por el Juez, en cuyo caso se le aplican las normas que rigen la excusa del cargo.

C) Remoción, en cuyo caso se le aplican las mismas normas que cuando se trata de remoción del tutor, *mutatis mutandis*.

D) Nombramiento de nuevo tutor, sin perjuicio de que el Juez pueda reelegirlo (C. C., art. 338).

Lo expuesto respecto de la cesación del protutor es aplicable al suplente del protutor *mutatis mutandis*.

3. Supuestos de cesación relativa a miembros del Consejo de Tutela. El miembro del Consejo de Tutela cesa en su cargo, sin que cese la tutela, en los siguientes casos: cuando muere, cuando el Juez acepta su renuncia y cuando es removido del cargo. En el caso de renuncia se aplicarán las normas dictadas para la excusa del cargo. En el caso de remoción se aplicarán *mutatis mutandis* las normas sobre remoción del tutor.

OBLIGACIONES DEL TUTOR AL CESAR EN SU CARGO

Del hecho de cesar en su cargo, ya sea absoluta o relativa la cesación, derivan para el tutor las obligaciones de entregar la persona del pupilo y rendir cuentas de la administración de su patrimonio.

I. Obligación de entrega del patrimonio

[illegible] los casos.

II. Obligación de rendir cuentas

1° Generalidades

[illegible] disposición).

[illegible] de Tutela formule observación).

2° Sujeto pasivo

Está obligado a rendir cuentas todo tutor sin exceptuar a los interinos y a aquellos que no están obligados a presentar estados anuales, ni a los tutores a quienes se haya acordado compensación de frutos por alimentos, quienes deberán rendir cuentas de su administración en todo cuanto no se trate de los frutos producidos por los bienes del pupilo (C.C. art. 376, encab.).

En caso de muerte del tutor, la obligación de rendir cuentas recae sobre sus herederos.

3° Forma

Las cuentas deben ser rendidas por partidas razonadas y comprobadas con los documentos y piezas que sean necesarios (C.C. art. 377, ap. único). En cuanto a la comprobación debe tenerse en cuenta que determinados gastos (por ej. de alimentación) no pueden ser comprobados con todo rigor en parte, mediante documentos o testigos, de manera que debe abrirse campo a las presunciones *hominis*.

Si la rendición de cuentas es exigida por el pupilo o su representante por vía judicial, la forma de la rendición de cuentas se rige por las normas especiales establecidas por el Código de Procedimiento Civil para el juicio de cuentas (C.P.C. art. 673 y sigtes.).

4° Plazo

El tutor rendirá las cuentas en el término de dos meses contados desde el día en que haya cesado en su cargo (C.C. art. 379, encab.).

5° Lugar

Las cuentas se rendirán en el lugar donde se ha administrado la tutela (C.C. art. 379, ap. único).

6° Gastos

Los gastos de examen de las cuentas serán a cargo del pupilo, pero en el caso necesario deberá avanzarlos el tutor a reserva de que se le reembolsen (C.C. art. 379, ap. único).

7° A quién deben rendirse

A) Cuando la administración del tutor termina antes de la mayoría de edad o de la emancipación del menor, establece la ley que las cuentas respectivas se rendirán al nuevo tutor con intervención del protutor, pero la aprobación dada por estos no será definitiva sino cuando sea confirmada por el Juez, oído el Consejo de Familia (C.C. art. 378). Tal norma no es aplicable, sin embargo, cuando la tutela termina por el hecho de que uno de los padres entre en ejercicio de la patria potestad, caso en el cual es obvio que las cuentas deberán rendirse a dicho padre y que, como aprobar tales cuentas es un acto que excede de la simple administración, la aprobación paterna no será definitiva si no es confirmada por el Juez.

B) Cuando el tutor cesa por emancipación del pupilo, las cuentas se rendirán al menor emancipado asistido por uno de los padres que ejerciera la patria potestad o a falta de ellos por un curador especial que nombrará el menor con aprobación del Juez (C.C. art. 381 en concordancia con el art. 383). Si quien debe asistir al emancipado conforme a lo expuesto es el mismo tutor obligado a rendir las cuentas, el menor nombrará con aprobación judicial un curador especial a tal efecto (C.C. art. 384).

C) Cuando el tutor ha cesado por mayoría de edad del pupilo, deberá rendir cuentas a este, pero el tutor no quedará válidamente liberado si el pupilo no ha sido asistido en el examen de las cuentas por el protutor o, a falta de este, por otra persona que escogerá el Tribunal de entre cinco capaces para el cargo, propuestas por el mismo a quien se rinden las cuentas (C.C. art. 380).

Se exige que el ex pupilo, no obstante su mayoridad, sea asistido en el examen de las cuentas de su tutor para evitar que sus vínculos con este (sean de afecto, temor o reverencia, etc.) determinen una aprobación de cuentas sin el debido examen o por temor a objetarlas.

Aun cuando no lo diga la ley, si el ex pupilo se encuentra interdicto, las cuentas deberán rendirse al correspondiente tutor, siendo necesaria la aprobación del Juez, oído el Consejo de Familia, y si se encuentra emancipado será necesaria la asistencia del curador.

D) [illegible]

8° Sanciones del incumplimiento del deber de rendir cuentas

A) [illegible]

B) [illegible]

C) [illegible]

D) [illegible] (C.C. art. 844)[4]

E) [illegible]

4 [illegible] general

de la tutela, salvo que el tutor sea ascendiente, descendiente, hermano, hermana o cónyuge del donante (C.C., art. 1.460)[4].

f) El tutor no puede adoptar al pupilo o ex pupilo sino después de aprobadas definitivamente las cuentas de la tutela (L.O.P.N.A., art. 413).

Obsérvese que las prohibiciones e incapacidades señaladas cesan con la aprobación de las cuentas, aun cuando el tutor todavía no haya pagado al pupilo el saldo que le adeude, si tal fuere el caso.

CONTINUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN POR EL TUTOR QUE HA CESADO EN SU CARGO

De acuerdo con la jurisprudencia de algunos países, el tutor que continúa en la administración de los bienes del pupilo después de haber cesado en su cargo, responde de esta administración conforme a las reglas relativas a la administración tutelar (que son más severas que las que rigen a otros administradores de bienes ajenos), pero esta teoría no parece admisible entre nosotros porque las causas de cesación de la tutela operan de pleno derecho, de modo que el tutor pierde su cualidad de tal desde el mismo momento en que ocurre una causa de cesación absoluta de la tutela o una causa de cesación relativa del tutor. Si continúa administrando los bienes de su ex pupilo, no puede serlo a título de tutor sino de mandatario o de gestor de negocios y no le serán aplicables sino las reglas del mandato o de la gestión de negocios, según el caso[5].

---

4 Ver nota anterior.

5 En la gestión de negocios, a diferencia del mandato, el que asume [illegible] (C.C., arts. 1.173 y 1.177) [illegible] la gestión de negocios [illegible].

PRESCRIPCIÓN

Las acciones del menor contra el tutor y el protutor y las del tutor contra el menor, relativas a la tutela, se prescriben por diez años a contar desde el día en que cesó aquélla, sin perjuicio de las normas sobre interrupción y suspensión de la prescripción. Sólo se exceptúa la acción para exigir el pago del saldo resultante de la cuenta definitiva, que está sometida a la prescripción ordinaria (C.C. art. 381).

Obsérvese que la prescripción indicada sólo se refiere a las acciones derivadas de la tutela y no a otras acciones que pudiera tener el menor contra el tutor y el protutor o el tutor contra el menor.

CAPÍTULO XXVII
COLOCACIÓN DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

Fundamento. Concepto. Supuestos de procedencia. Clases y Prelaciones. Condiciones para poder recibir en colocación familiar. [illegible] de las decisiones. Interrupción y revocatoria de la colocación.

FUNDAMENTO

La tutela de menores regulada por el Código Civil no siempre resultó adecuada para proteger a los menores, sobre todo a los que los estaban apartados de la patria potestad. La tutela, al ser una organización estática, siempre requería [illegible] de ponerla en marcha sin el concurso más o menos espontáneo de la familia. Por ello se ha hecho falta establecer un régimen de protección para el niño o adolescente, regulado en la LOPNA, llamado Colocación, y que puede ser Colocación Familiar o Colocación en Entidad de Atención.

Anteriormente, el Código Civil de 1942 dispuso que el Estado asumiría de pleno la tutela de los menores abandonados y la ejercería en la forma que determinasen las leyes (C.C. art. 358). Asimismo, el Código dictó normas transitorias sobre esa tutela, hasta tanto se dictaran las leyes especiales previstas (C.C. 319 y 327) al respecto. La Ley especial que se dictó fue el Estatuto de Menores de 31-XII-1949, que organizó la tutela de menores abandonados. Posteriormente la Ley Tutelar de Menores derogó las normas del Estatuto de Menores

y organizó la Tutela del Estado, que al dictarse la L.O.P.N.A. desapareció porque probablemente se la consideró incapaz de satisfacer adecuadamente la necesidad que la originó y se estimó que el nuevo régimen al cual se dio el nombre de Colocación podía producir resultados más satisfactorios.

CONCEPTO

La colocación, sea familiar o en entidad de atención, está definida por la L.O.P.N.A. prácticamente en dos formas diferentes, puesto que en una de ellas se la caracteriza por ser una medida de carácter temporal dictada por el Juez y que se ejecuta en familia sustituta o en entidad de atención (Lex cit. encab. del art. 128) y en la otra, sin repetir su carácter de medida judicial, se la describe [illegible] o adolescente temporalmente mientras se determina una modalidad de protección para el mismo, aunque adicionalmente se prevé que en ella se puede otorgar la representación del menor para determinados actos (L.O.P.N.A., art. 396 encab. y 1ª parte). Así como la mencionada guarda debe entenderse en el mismo sentido que se da a esa palabra en materia de patria potestad (L.O.P.N.A., art. 396, 2ª parte), la colocación, al hacer posible el otorgamiento de la representación del menor, también hace posible que se pueda proteger al menor en los mismos campos que en la patria potestad. Pero con toda razón la L.O.P.N.A. pone el acento en la guarda cuando prevé la Colocación porque ésta viene a ser una medida para atender a niños y adolescentes tan desprotegidos que rara vez tengan necesidad de ser representados, especialmente en asuntos patrimoniales.

SUPUESTO DE NECESIDAD

I. Regímenes anteriores a la L.O.P.N.A.

1º Conforme al Estatuto de Menores, los supuestos de necesidad de la tutela de menores abandonados se reducían a uno solo: la existencia de un menor declarado en estado de abandono, aun

[illegible] permanente [illegible]

2. La Ley Tutelar de Menores [illegible] régimen único de [illegible] tutela del Estado para dos casos [illegible]

A. [illegible] situación de abandono (L.T.M., art. 125 [illegible]) [illegible] al Juez de Menores (L.T.M., art. [illegible]).

B. [illegible] Juez de Menores, con [illegible] conocimiento de causa, [illegible] sometido a tutela del Estado por considerar [illegible] que [illegible] de la tutela ordinaria (L.T.M., art. 12[illegible]) [illegible] situación de abandono.

[illegible] del presente manual.

II. Régimen de la L.O.P.N.A.

1. La L.O.P.N.A. [illegible]

[illegible] administrativa [illegible] la L.O.P.N.A. [illegible] Adolescente [illegible] (L.O.P.N.A., art. 127 [illegible] L.O.P.N.A., art. 127, ap. único).

2. [illegible] continuar la tutela (L.O.P.N.A., art. [illegible]) [illegible]

el entendido de que basta la imposibilidad de que la tutela sea eficaz.

3º Cuando "Se haya privado a sus padres de la patria potestad o ésta se haya extinguido" (L.O.P.N.A., art. 397, letra a), norma que en nuestro concepto exige cuidadosa interpretación. En efecto:

A) No basta que los padres del niño o adolescente hayan sido privados de la patria potestad, sino que además es necesario: a) que ésta no le haya sido restituida a ninguno de ellos, porque si ha habido restitución de la patria potestad, lo procedente es precisamente el sometimiento del menor a la patria potestad; y b) que sea imposible la protección a través de la tutela de menores porque si es posible la protección tutelar debe someterse a ésta. No sólo el Código Civil sino incluso la L.O.P.N.A. (art. 397, letra a) revelan que a la protección mediante patria potestad sigue la protección tutelar y sólo cuando también falta ésta es que se recurre a la colocación familiar o en entidad de atención. Y,

B) La extinción de la patria potestad no siempre puede originar la colocación porque, como ya se ha dicho, la falta de la protección mediante patria potestad se suple, primero, por la protección tutelar y porque la extinción de la patria potestad sólo puede conducir a la tutela de menores o a la colocación familiar o en entidad de atención, si es que no obstante esa extinción el menor sigue requiriendo protección mediante régimen de representación. Así, por ejemplo, no puede conducir a la colocación ni a la tutela de menores, el hecho de que el hijo alcance la mayoridad o de que sea emancipado.

CLASES Y PRELACIONES

I. CLASES DE COLOCACIÓN

1º El hecho de que la LOPNA regule la colocación de niños y adolescentes en el capítulo III del Título IV pudiera hacer pensar que la institución es necesariamente familiar ya que el Título citado se denomina "Instituciones Familiares" y que en particular es una institución propia de la "Familia Sustituta" ya que éste es el nombre dado al Capítulo III de referencias. Pero es necesario tener en cuenta que:

A) Cuando se constata que la Sección Segunda del Capítulo III, Título IV arriba citado se denomina "Colocación Familiar o en entidad de atención", se cae en cuenta de que la Colocación no es necesariamente una institución familiar sino que existe una colocación en entidades de atención que desde luego no son parte de la familia del menor sino que su característica distintiva es constituir entidades que tienen por objeto la guarda de un niño o adolescente (L.O.P.N.A., art. 369, encab.).

B) Es evidente que puede darse el caso de que no pueda funcionar una tutela de menores con los miembros de la familia de origen del menor (p.ej. por su corto número), pero que sin embargo exista uno o más miembros de esa familia de origen (p.ej. un tío o un hermano mayor) que puedan encargarse de la guarda del niño o adolescente en colocación. Creemos que en tales casos, aun cuando la LOPNA no habla sino de colocación en familias sustitutas o en entidades de atención (Cfr. art. 396), es perfectamente lógico que pueda el Juez disponer la colocación en un miembro de la familia de origen.

C) Cuando el artículo 400 [illegible] establece que si uno de los padres o ambos han entregado al menor a un tercero apto para ejercer la guarda el Juez considerará a dicha persona como la primera opción para el otorgamiento de la colocación familiar, sin exigir que ese tercero pertenezca a la familia del menor, es forzoso llegar a la conclusión de que el legislador denomina colocación familiar, probablemente por analogía, unas colocaciones en personas que no pertenecen a la familia del niño o adolescente.

2º En síntesis puede considerarse que existen dos modalidades de colocación:

- la colocación familiar y
- la colocación en entidades de atención.

Pero que pueden darse tres casos diferentes de colocación familiar:

- la colocación familiar en familia de origen;
- la colocación familiar en familia sustituta y
- la colocación familiar por analogía en tercero apto para ejercer la guarda y que ya ha recibido esa guarda de uno o ambos progenitores del menor.

II. La L.O.P.N.A. sobre "Prelación" en materia de colocación dispone que "a los efectos de la colocación, debe agotarse la posibilidad de que la misma sea en familia sustituta y, de no poder lograrse, se hará en la entidad de atención más apropiada a las características y condiciones del respectivo niño o adolescente" (L.O.P.N.A., art. 398). Esa disposición normativa sobre la cual a su vez prevalece en la intención del legislador su previsión de que:

> "Cuando un niño o adolescente haya sido entregado por sus padres, por uno de ellos o por ambos, a un tercero apto para ejercer la guarda, el Juez, previo el informe técnico respectivo, considerará esta situación en primera oportunidad para el otorgamiento de la colocación familiar de ese niño o adolescente" (L.O.P.N.A., art. 400).

Creemos que si el legislador se hubiera dado cuenta de que podía existir una colocación familiar en la familia de origen, le hubiera otorgado carácter preferente sobre la colocación en entidad de atención y en igualdad de circunstancias sobre la colocación en familia sustituta. Pero, ante ese silencio legislativo, creemos que puede sostenerse que ese silencio no impide la colocación en familia de origen, pero que no procede atribuirle prelación sobre la colocación pretendida en caso de que el menor haya sido entregado por uno o ambos padres a un tercero ajeno a la familia y que es por lo menos dudoso atribuirle preferencia sobre las demás formas de colocación familiar.

CONDICIONES PARA PODER RECIBIR EN COLOCACIÓN FAMILIAR

1. Condición no dispensable

La ley permite otorgar la colocación familiar a una sola persona o a una pareja de cónyuges, pero esas personas deben poseer condiciones que hagan posible la protección física del niño o adolescente y su desarrollo moral, educativo y cultural (L.O.P.N.A., art. 399). En nuestro concepto, si llegare a constatarse que se ha otorgado la colocación a quienes no reúnen dichas condiciones, procede la revocatoria de la colocación, institución de la cual se trata "infra".

II. Condición dispensable

De acuerdo con la ley, "Las personas a quienes se otorgue un niño o adolescente en colocación familiar deben estar inscritas en un programa de colocación familiar, en el cual se las capacite y supervise" (LOPNA, art. 4[illegible], 1ª disp.). En orden a la aplicación de la norma se prevé que "El Consejo de Protección debe llevar un registro de las personas a quienes se les ha otorgado colocaciones familiares y de aquellas que resulten elegibles para ello, así como de los programas respectivos" (LOPNA, art. 4[illegible]2).

Pero dada la naturaleza de la materia y la gravedad que revisten en nuestro país los problemas de niños y adolescentes, la ley prevé que "Excepcionalmente se puede otorgar la colocación familiar a quienes no estuvieren inscritos en uno de estos programas de capacitación y supervisión, en cuyo caso deberán proceder a inscribirse de inmediato a los fines indicados" (LOPNA, art. [illegible], 2ª disp.).

PRIORIDAD DE LAS DECISIONES

"Las decisiones relativas a un niño o adolescente tomadas por la persona que ejerza la guarda de los mismos en virtud de una colocación [illegible] (LOPNA, art. [illegible]). Esta norma que evita o al menos resuelve tensiones entre la persona a quien se otorgó la guarda y los padres.

INTERRUPCIÓN Y REVOCATORIA DE LA COLOCACIÓN

I. Interrupción

El ejercicio de la colocación familiar no es obligatorio, pero si ya se ha iniciado sería sumamente negativo que quien la tenga interrumpa dicho ejercicio sin tomar ninguna medida para que el niño o adolescente no quede privado de protección. Por ello la ley establece que "Si la persona a la cual se ha concedido un niño o adolescente en colocación familiar no pudiere o no quisiere continuar con el ejercicio de la misma, debe informar de ello al Juez que dictó la medida y [illegible]. En ningún caso el niño o el adolescente puede

ser entregado a terceros sin previa autorización judicial" (L.O.P.N.A., art. 404).

II. REVOCATORIA

La colocación familiar o en entidad de atención carecen de sentido si atentan contra el "interés superior del niño", dicho sea en los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño y que algunas veces repite nuestra Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente sin tomar en cuenta que en general consideró que en vez de hablar de "niño" debía referirse al niño y al adolescente.

Siendo así, es evidente que la colocación cualquiera que se trate debe cesar en cualquier momento en que así lo exija ese "interés superior del niño", cuestión de apreciación delicada que se se encomienda decidir al Juez, aun cuando no en la soledad que puede acompañar a una actuación de oficio.

Por lo expuesto, la LOPNA establece que:

> La colocación familiar o en entidad de atención puede (*rectius* debe) ser revocada por el Juez en cualquier momento, si el interés superior del niño (*rectius* del niño o adolescente) así lo requiere, previa solicitud del colocado si es adolescente, del padre o la madre no privados de la patria potestad o en el ejercicio de la guarda, sus parientes, del Ministerio Público y cualquier persona que tenga conocimiento directo de los hechos o circunstancias que lo justifiquen.

Capítulo XXVIII
EMANCIPACIÓN

Introducción. La emancipación y sus caracteres. Efectos de la emancipación. Nulidad de los actos celebrados en violación de las normas sobre emancipados. Habilitación para ejercer el comercio.

INTRODUCCIÓN

En los Derechos de corte napoleónico se reconoce una categoría de personas, tradicionalmente denominada «los menores emancipados» y por la LOPNA «los adolescentes emancipados», que no han alcanzado la mayoridad, pero no están sometidos a patria potestad ni a tutela porque, por las causas y en las formas previstas por la Ley, han alcanzado un grado de capacidad negocial mayor que el de los demás menores o adolescentes (sin alcanzar la capacidad propia de los mayores de edad). Todos emancipados, además, tienen el libre gobierno de su persona.

El Código Civil de 1942 preveía dos tipos de emancipación: la emancipación voluntaria para la cual se requería que el menor hubiera cumplido los 18 años de edad; y la emancipación legal que se producía de pleno derecho cuando el menor contraía matrimonio. La primera permitía que, a solicitud del padre o de la madre que ejerciera la patria potestad o del tutor, el Juez Civil, cumplidas determinadas formalidades, decretara la emancipación de menores que, no obstante su edad, habían alcanzado una capacidad natural suficiente como para que no siguieran sometidos al régimen de incapacidad civil y de sometimiento a potestad de otra persona

aplicable a la generalidad de los menores. La emancipación legal a su vez obedecía al criterio de que resultaría incompatible con la vida matrimonial el hecho de que uno o ambos cónyuges, aunque fueran menores de edad, estuvieren sujetos a la potestad, o sea al gobierno de su persona por parte de padre, madre o tutor y de que además, como regla general, no pudieran por sí solos tomar parte en la celebración de ningún negocio jurídico que produjera efectos sobre ellos ni en la celebración de ningún acto de administración de su patrimonio.

Como la reforma del 82 rebajó la mayoridad a los 18 años de edad se consideró que ya no era necesario mantener la emancipación voluntaria o concedida, como quiera que ella [illegible] para subsanar la incapacidad civil de personas precoces que hubieran cumplido 18 años de edad, puesto que la reforma [illegible] al declarar mayor de edad a todo el que [illegible] 18 años. En cambio, la Ley de Reforma Parcial mantuvo la emancipación legal por las razones antes mencionadas. Ésta quedó, pues, como única forma de emancipación en nuestro Derecho. Al mismo tiempo, la reforma simplificó el régimen de incapacidad de los emancipados[1].

La LOPNA no modificó la situación instaurada por la Reforma Parcial del Código Civil, pero si se quiere, según la terminología de esa nueva ley, no se debería hablar de menor emancipado sino hablar simplemente de emancipados o de adolescentes emancipados, pero ya sabemos que el rechazo de la terminología menor hecho por la citada ley no está compaginado por la Constitución vigente que utiliza

1 De acuerdo con el Código Civil de 1942 se requería para la emancipación voluntaria (C.C. artes. 383 y 384):
-que el menor hubiera cumplido 18 años de edad;
-que el padre o la madre que ejerciera la patria potestad, o el tutor, desearan emancipar al menor;
-[illegible]
-que [illegible] para el menor [illegible] solicitar [illegible] Juez de Primera Instancia en lo Civil del domicilio del menor;
-que el Juez oyera al menor;
-que el [illegible] el menor;
-que [illegible] Tutela, y,
-que [illegible] emancipación [illegible] sumariamente por decreto.

tanto la terminología de la LOPNA como la tradicional, puede seguirse uno u otro camino.

LA EMANCIPACIÓN Y SUS CARACTERES

Conforme a lo expuesto, el matrimonio, y solo el matrimonio, produce en nuestro Derecho vigente, desde 1982, la emancipación de quienes no han alcanzado la mayoridad. Tal efecto:

I. **Se produce de pleno derecho** (C.C. art. 382), o sea, por el solo hecho del matrimonio, e independientemente de la voluntad del contrayente o de cualquier otra persona o autoridad.

II. **Es definitivo.** La emancipación no se extingue con la disolución del matrimonio (C.C. art. 382), sea por muerte o divorcio. Ni tampoco en el caso de nulidad del matrimonio si el emancipado contrajo el matrimonio de buena fe; pero, en cambio, si lo contrajo de mala fe, su emancipación se extingue desde el día en que la sentencia de nulidad adquiera fuerza de cosa juzgada (C.C. art. 382).

Si quien no había alcanzado la mayoridad contrajo matrimonio sin el consentimiento de sus padres o del Juez, en caso de desacuerdo entre aquellos o de imposibilidad de aquellos de manifestar su voluntad, la emancipación se produce, "pero el emancipado quedará hasta la mayoridad privado de la administración de sus bienes" (C.C. art. 131, ord. 3º).

III. **Es irrevocable.** La reforma de 1982 suprimió el artículo del Código de 1942 que permitía revocar la emancipación cuando los actos del emancipado demostraran su incapacidad para administrar, disposición que, por lo demás, solo era considerada aplicable en caso de emancipación voluntaria.

EFECTOS DE LA EMANCIPACION

I. Aunque no lo diga expresamente la Ley, la emancipación confiere al menor el autogobierno de su persona, de modo que no está sujeto a la potestad de padre ni madre, ni tiene sobre él poderes de guarda. Sin embargo, en el caso poco frecuente de que el emancipado, una vez disuelto el matrimonio que lo emancipó, deseara contraer nuevo matrimonio antes de haber alcanzado la mayoridad

por sí, pues se [illegible] requiere de consentimiento [illegible] que la ley requiere para las demás personas [illegible] de su edad [illegible] consen- timiento [illegible] casado [illegible] una [illegible]

[illegible] persona [illegible] de la persona así

1. El emancipado tiene [illegible] capacidad de realizar por sí solo los actos de simple administración (C.C. art. 383, [illegible] disp.).

2. Para [illegible] actos [illegible] de simple administración requiere [illegible] del Juez competente (C.C. art. 383, encab. 2ª disp.).

3. Para [illegible] voluntaria [illegible] progenitores que [illegible] potestad [illegible] de ellos, por un curador especial [illegible] Juez [illegible] C.C. art. 383 [illegible] existe [illegible] padres que [illegible] patria potestad sobre el [illegible] padre [illegible] no estuviera [illegible] asistido por cualquiera de ellos [illegible] curador que debe asistirlo [illegible] curador especial [illegible] nombrado para cada caso [illegible] persona [illegible] carácter permanente y general [illegible] curador [illegible] corresponda actuar [illegible] especial.

4. En la rendición de cuentas de la administración de sus bienes [illegible] menor emancipado debe estar asistido [illegible] como debe estarlo en [illegible] actos de [illegible] voluntaria [illegible] si la asistencia corresponde a la misma persona que debe rendir cuentas [illegible] emancipado [illegible] curador especial [illegible] (C.C. art. 384) [illegible] entre el menor y el que debe asistirlo existe oposición de intereses (C.C. art. 385).

5. El emancipado en principio no puede hacer donaciones (C.C. art. 1.435, encab.) [illegible] puede hacer capitulaciones matrimoniales o donaciones a otro cónyuge con [illegible] de las personas cuyo consentimiento es necesario para celebrar [illegible]

del matrimonio (C.C. art. [illegible]). La doctrina admite que además puede hacer [illegible] donaciones [illegible] remuneratorias.

c) El emancipado puede aceptar por sí solo donaciones no sujetas a carga o condición (C.C. art. [illegible]), pero para aceptar las que estén sujetas a carga o condición requiere [illegible] consentimiento de la persona que deba asistirle [illegible] (C.C. art. 1.442 en concordancia con el nuevo artículo 388).

Las reglas sobre capacidad del emancipado en el Código de 1942 eran más complejas.

a) Tenía plena capacidad para ejecutar los actos de simple administración (C.C. art. 388, encab.).

b) Para estar en juicio [illegible] y para los actos [illegible] requería la asistencia de curador (C.C. art. 388, ap. 1º).

c) Para todos los demás actos que excedieran de la simple administración [illegible] necesitaba el consentimiento del curador y autorización del Juez, previo [illegible] necesidad [illegible] (C.C. art. 388 [illegible]). Si el curador [illegible] el consentimiento [illegible] el Juez [illegible] (C.C. art. 388).

d) [illegible] (C.C. art. 388 [illegible]).

e) [illegible] las mismas disposiciones [illegible].

III. La emancipación hace cesar la patria potestad o la tutela a que estaba sometido el emancipado, pero después de la Reforma de 1982 [illegible] de la asistencia o aprobación de otra persona [illegible] de los padres [illegible] la patria potestad [illegible] por el incapaz [illegible] curador, o a falta de tales padres, una persona que sirve como curador especial.

[illegible] y un consejo de familia.

[illegible]

[illegible] discerniera el cargo (C.C. art. 385).

[illegible] (C.C., art. 386).

[illegible]

[illegible] 27-II-1973, R. & G. vol. XXXVIII, p. 58).

c) [illegible]

[illegible] siguientes

a) Correspondía al curador ordinario:

[illegible] había estado sometido (C.C., art. 387).

b) [illegible]

c) [illegible] el poder de administración.

[illegible]

NULIDAD DE LOS ACTOS CELEBRADOS EN VIOLACION DE LAS NORMAS SOBRE EMANCIPACION

[illegible]

invocar esa nulidad el emancipado (quien intentará el juicio asistido por su curador si es que no ha cumplido la mayoridad) o sus herederos o causahabientes.

HABILITACION PARA EJERCER EL COMERCIO

I. El menor (o en la nueva terminología, el niño o adolescente) no emancipado no puede ejercer personalmente el comercio, ni aun siquiera ejecutar actos aislados de comercio. La emancipación no modifica esa situación, pero hace posible modificarla ya que el incapaz puede ser autorizado para ejercer el comercio y ejecutar actos aislados de comercio.

Esas disposiciones, que se encuentran en el Código de Comercio, deben aplicarse teniendo en cuenta las modificaciones del Código Civil de 1982. En consecuencia, "tener por curador a su padre o a su madre" debe entenderse como "si el menor solicita la autorización asistido por uno de los padres que ejerza su patria potestad", y "tener por curador a otra persona" debe entenderse como "si el menor solicita la autorización asistido por un curador especial".

II. Los requisitos para la habilitación, de acuerdo con el Código de Comercio, varían: 1º Si el emancipado tiene por curador a su padre o a su madre, basta con la autorización del curador; y 2º Caso contrario, se requiere, además de la autorización del curador, la aprobación del Juez de Primera Instancia en lo Civil del domicilio del incapaz, quien no la acordará sino después de tomar por escrito y bajo juramento los informes que creyese necesarios sobre su buena conducta y discreción (C. Com., art. 11, encabezamiento y ap. 1º).

La autorización del curador y, en su caso, el auto de aprobación del Juez se registrarán en la Oficina Subalterna de Registro del domicilio del habilitado y en el registro de Comercio, y se fijarán por seis meses en la Sala de Audiencias del Tribunal competente (C. Com., art. 11, ap. 2º).

III. Quienes sin tener 18 años de edad han sido autorizados para comerciar conforme a las normas arriba expuestas, se reputan mayores en el uso que hagan de esa autorización, y pueden comparecer en juicio por sí y enajenar sus bienes inmuebles (C.

Com., art. 12), de modo que, en la esfera del Derecho Mercantil, la habilitación para ejercer el comercio produce los efectos de una declaración de mayoridad (salvo contadas excepciones), a diferencia de la emancipación que en materia civil sólo tiene por efecto colocar al incapaz en una condición intermedia entre el no emancipado y el mayor de edad.

IV. La autorización para comerciar puede revocarse con aprobación del Juez de Primera Instancia en lo Civil del domicilio del habilitado, con audiencia de éste. La revocación se hará por documento público que el curador hará registrar y fijar. La revocación no perjudica nunca los derechos adquiridos por terceros (C. Com., art. 14).

Toda esta materia se tratará con amplitud en Derecho Mercantil.

Capítulo XXIX
LA MAYORIDAD

Concepto. Régimen general. Mayores incapaces.

CONCEPTO DE MAYORIDAD

La mayoridad general o civil, o simplemente la mayoridad, es el estado de las personas que han alcanzado la edad a partir de la cual se establece como regla que la persona tiene una capacidad negocial plena (no requiere representación legal, asistencia ni autorización) general para todos los actos. [illegible] distinciones entre los diferentes [illegible] de personas que han alcanzado la edad [illegible] es mayor de edad quien ha cumplido 18 años (CC, art. [illegible]), cualquiera que sea su sexo.

Algunos autores hablan de [illegible] mayoridades especiales, que serían los estados de las personas que han alcanzado la edad a partir de la cual se establece como regla que la persona tiene capacidad en un sector jurídico determinado.

RÉGIMEN GENERAL DE LA MAYORIDAD

El régimen jurídico de la generalidad de los mayores de edad se caracteriza por dos principios: el libre gobierno de la persona y la "presunción" de capacidad.

I. El libre gobierno de la persona

[illegible] no está bajo la potestad de [illegible] [illegible] e).

II. La "presunción" de capacidad

[illegible] plenamente capaz, [illegible]

1. [illegible] las demás personas naturales.

2. [illegible] discernimiento.

3. [illegible]

[illegible] Para desvirtuar esa presunción, [illegible]

[illegible] ciertas excepciones

[illegible]

[illegible] sanable

[illegible] mayores los mayores incapaces

MAYORES INCAPACES

I. Incapacidades de protección de los mayores de edad

[illegible] ciertos mayores no tienen la aptitud necesaria [illegible]

plenos efectos a los negocios jurídicos y actos [illegible] a ellos realizados por dichos mayores.

[illegible] de edad no se encuentra [illegible] impugnar el negocio realizado por [illegible] para lo cual como [illegible] se requiere probar que en el momento de celebrarlo el sujeto [illegible] consentir.

2. Ahora bien, la posibilidad de impugnar por falta de consentimiento [illegible] al mayor de edad que [illegible] una situación que [illegible] general y [illegible] para consentir. Por ello, [illegible] la potestad [illegible].

A. En los casos extremos, la ley prevé la interdicción del sujeto [illegible] general y uniforme [illegible] representación (la tutela [illegible]) y [illegible] de su persona por el tutor.

B. En los casos menos graves, la ley prevé la inhabilitación del sujeto [illegible] según los casos. El [illegible] es un régimen de asistencia (la curatela de inhabilitados), pero el inhabilitado no queda sometido a la potestad de nadie.

II. Anomalías y defectos mentales

Las incapacidades de protección de los mayores de edad presuponen una anomalía o defecto intelectual [illegible] o adquirido. La clasificación legal tradicional de tales defectos o anomalías era: locura (perturbación de las ideas), imbecilidad (ausencia o simplicidad extrema de las ideas) y prodigalidad (desorden que lleva al uso ruinoso de la fortuna). [illegible] la prodigalidad puede [illegible] existe un defecto

o anomalía intelectual. Pero nuestra ley, para los efectos de la incapacitación de los mayores de edad, permite diferenciar los defectos o anomalías por su naturaleza, mirándose a su vez por su gravedad. Así distingue entre: A) el estado habitual de defecto intelectual que impida al sujeto de proveer a sus propios intereses, y B) la prodigalidad y el estado de debilidad de entendimiento. Para el primer caso se prevé la interdicción y para el segundo la inhabilitación.

III. Incapacidad de defensa social de mayores de edad

Por otra parte, por razones de defensa social y en orden al cumplimiento de condenas penales, la ley declara entredicha a toda persona condenada a la pena de presidio durante el tiempo de este. Esta interdicción implica una incapacidad plena, general y uniforme dictada en protección directa de un interés colectivo y no del interés individual. Los entredichos así [illegible] sometimiento a tutela de entredichos [illegible] persona del tutor, pues la persona del reo solo puede someterse al régimen penitenciario.

Capítulo XXX
INTERDICCIÓN

La interdicción. La interdicción judicial. La interdicción legal.
Tutela del estado

LA INTERDICCIÓN

I. Concepto de interdicción

[illegible]

II. Clases de interdicción

La interdicción puede ser judicial o legal.

1. *Judicial*: es la interdicción resultante de un defecto intelectual habitual grave. [illegible]

2. *Legal*: es la interdicción resultante de una condena a presidio [illegible]

III. Interés de la interdicción

1. *Interés de la interdicción material.* [illegible] que los enajenados originan dos órdenes de problemas [illegible] trata de ayudar a resolver [illegible] necesario que se provea adecuadamente a la protección de su persona y bienes [illegible] la sociedad [illegible] de todos por intereses [illegible] etc. [illegible] Podría [illegible] que en la materia existen además intereses [illegible] etc. [illegible] intereses individuales de terceros [illegible] tienen el interés legítimo de que los enajenados no [illegible] daños [illegible] Pero [illegible] legislador en la interdicción [illegible] trata de proteger principalmente los intereses individuales del incapaz.

2. *Interés de la interdicción legal.* [illegible] predomina [illegible] el interés social [illegible] por una vez [illegible] por [illegible] necesario [illegible] del incapaz [illegible] a la gestión de su patrimonio.

LA INTERDICCIÓN JUDICIAL

I. Causas

[illegible] presupone un defecto [illegible] de cierta gravedad y continuidad. En nuestro Derecho, en concreto, presupone:

1. *La existencia de un defecto intelectual* (C.C. art. 393). Por defecto intelectual debe entenderse [illegible] las facultades cognoscitivas [illegible] las facultades volitivas [illegible] sería más preciso emplear expresiones como "psíquico" o "mental" [illegible] Los defectos físicos no [illegible] sino en la medida en que afecten a las facultades mentales.

[illegible]

sent. de 29-X-1958, J.T.R., vol. VII, pp. 128-129).

2º Que el defecto sea *grave* hasta el punto de impedir que el sujeto provea a sus intereses (C.C. art. 393).

3º Que el defecto sea *habitual*. No bastan accesos pasajeros o excepcionales, pero tampoco se requiere que el defecto se manifieste en forma continua, pues la propia ley prevé la interdicción de personas que tengan intervalos lúcidos (C.C. art. 393). Tampoco es necesario que el defecto sea incurable, pues si así fuere sería absurdo que la ley señalara como obligación principal del tutor del entredicho la de cuidar de que éste adquiera o recobre su capacidad.

II. Legitimación pasiva (¿Quiénes pueden ser declarados entredichos?)

De acuerdo con el Código Civil podrían ser sometidos a interdicción, siempre que existiera causa para ello:

1º *Los mayores en edad*;

2º *Los menores emancipados*, y

3º *Los menores no emancipados, siempre que se encontraran en el último año de su menor de edad*. En este caso la interdicción no surte efecto sino cuando la persona alcanzaba la mayoridad. Su finalidad consiste en asegurar la continuidad de la protección del sujeto, que así pasaba automáticamente de la patria potestad o tutela de menores a la tutela de entredichos. Si para someterlo a interdicción hubiera habido que esperarse a que cumpliera los 18 años, el sujeto carecería de toda protección entre su decimoctavo aniversario y el momento posterior en que, previo el cumplimiento de los extremos exigidos por la ley (lo que lleva tiempo), fuera decretada su interdicción provisional.

La LOPNA no cambia la situación de los mayores de edad porque no regula a éstos, ni respecto de los emancipados ya que no regula la emancipación (LOPNA art. [illegible]), ni respecto de los menores no emancipados porque no lo dispone así y la razón de ser de la norma subsiste.

---

* [illegible] sent. de 20-VII-195[illegible] (J.T.R., vol. IV, tomo II, p. 1335)

III. Legitimación activa (¿quiénes pueden pedir la interdicción?)

La [illegible] art. 395 [illegible] personas [illegible] pueden promover la interdicción.

1° *El cónyuge.* Es evidente [illegible] subsiste después del divorcio [illegible] cónyuge divorciado [illegible] no es cónyuge. Sin embargo [illegible] puede solicitar la interdicción en representación del hijo común [illegible] de pariente).

2° *Cualquier pariente.* Nada impide [illegible] pariente promover la interdicción [illegible] pariente más cercano. La facultad [illegible] concurrentemente a todos los parientes.

La ley [illegible] grado de parentesco necesario [illegible] consanguinidad hasta el [illegible] grado [illegible] debe considerarse [illegible] persona [illegible] interdicción.

3° *El Síndico Procurador Municipal* [illegible] por el interés [illegible] materia.

4° *Cualquier persona que tenga interés*[1] [illegible] por ejemplo, un socio.

5° Además, *el Juez puede proceder de oficio.*

6° Se discute [illegible] persona que padece el defecto intelectual puede promover su interdicción [illegible] intervalo lúcido. Para negarlo se arguye que [illegible] persona no figura en la enumeración del artículo 395 del Código Civil. Se replica que dicha persona cabe dentro de la categoría "cualquier persona a quien interese", pero lo cierto es que si el legislador hubiera querido reconocerle esa facultad la habría mencionado separadamente.

[1] La [illegible] prueba [illegible] ley no les exige esa prueba.

como ocurre cuando señala las personas que pueden solicitar la revocación de la interdicción (C.C., art. [illegible]). En todo caso, si el propio interesado pide su interdicción, el Juez, en vista de ello, puede proceder de oficio.

Domínguez considera que las personas señaladas por la ley están obligadas a solicitar la interdicción y que este deber está sancionado por la norma que priva del derecho de pedir los alimentos al que sabiendo que una persona se hallaba loca o demente no cuidó de recogerla o hacerla recoger, pudiendo hacerlo (C.C., art. [illegible]) y una norma actualmente derogada que en el mismo caso establecía una indignidad para suceder. Pero el argumento no resulta convincente porque recoger o hacer recoger a un loco o demente no implica solicitar su interdicción.

IV. Procedimiento

Luego que haya promovido la interdicción o que haya llegado a noticia del Juez que en alguna persona concurren circunstancias que puedan dar lugar a ella, el Juez abrirá el proceso respectivo.

1º Sumario

[illegible] persona reúne las condiciones que la hacen procedente, el Juez iniciará el juicio respectivo y procederá a una investigación sumaria de los hechos (C.P.C., art. [illegible]). Nombrará por lo menos dos facultativos para que examinen al notado de demencia y entretanto practicará los interrogatorios que exige el Código Civil y lo demás que juzgue necesario para formar concepto (C.P.C., art. [illegible]). Así, pues, interrogará a la persona de que se trata y a [illegible] de sus parientes

1 [illegible] por exageración [illegible]

inmediatos, y en defecto de éstos, amigos de su familia (C.C. art. 396). Las actas del interrogatorio del indiciado de demencia expresarán siempre las preguntas hechas y las respuestas dadas.

Practicadas esas averiguaciones, si el Juez no encuentra motivo suficiente para proseguir el juicio, decretará su terminación, lo que no impide que el mismo vuelva a abrirse si posteriormente se aportan nuevos datos (C.P.C. art. 737). En cambio, si de la averiguación sumaria resultaran datos suficientes de la demencia imputada, el Juez ordenará seguir formalmente el proceso por los trámites del juicio ordinario, decretará la interdicción provisional y nombrará tutor interino (C.P.C. art. 734).

2° Plenario

Al Decretada la interdicción provisional, la causa queda abierta a pruebas por el término ordinario. Pueden promover pruebas: el entredicho provisional[5] o su tutor interino[6], la otra parte, si la hubiere (no habrá otra parte cuando el Juez haya procedido de oficio[7]) y el Juez (C.P.C. art. 567, ap. único).

Debe tenerse en cuenta que la carga de prueba no recae sobre el entredicho provisional, de modo que no es éste quien debe probar

[illegible] por el interrogatorio del indiciado [illegible] más [illegible] Juez [illegible] de la gravedad [illegible] naturaleza de la cuestión [illegible] parece más razonable confiar en el parecer de los expertos [illegible] apreciación personal que el Juez pueda [illegible] por sí mismo [illegible] en la materia.

5 Pero debe observarse [illegible] pueden ser [illegible] Juzg. [illegible] de Primera Instancia [illegible] del Edo. Zulia, sent. de [illegible] VII, tomo II, pág. 127).

6 [illegible] en el [illegible] sent. [illegible] XI-1950 [illegible] Sup. [illegible] del [illegible] Edo. Miranda, sent. de [illegible] VIII [illegible] Tomo X, pág. [illegible]).

7 El tutor interino no es sino un representante del entredicho provisional, no una parte distinta en el proceso (C.S.J. Sala de Cas. Civ., Merc. y del Trab., sent. de 11-VII-1961).

que no tiene un defecto intelectual habitual y grave, sin que, por lo contrario, la interdicción provisional no invierte la carga de prueba[8].

B) La decisión puede consistir en decretar la interdicción definitiva o interdicción propiamente dicha, o decretar inhabilitación o declarar que no hay lugar ni a una ni a otra (C.P.C. art. 740).

C) La sentencia que se dicte se consultará siempre con el Superior (C.P.C. art. 736).

V. COMPETENCIA

El juicio de interdicción corresponde a la competencia del Juez de Primera Instancia que ejerza la jurisdicción en los asuntos de familia y, en su defecto, la plena jurisdicción ordinaria, en el domicilio de la persona de cuya interdicción se trata; pero los Jueces de Distrito, Departamento o Municipio y Parroquia pueden practicar las diligencias del sumario y remitirlas al Juez de Primera Instancia sin decretar la interdicción provisional ni la continuación del juicio (C.P.C. art. 735).

VI. EFECTOS DE LA INTERDICCIÓN (RÉGIMEN JURÍDICO DEL ENTREDICHO)

[illegible] desde el día del decreto de la interdicción provisional (C.C. art. 403). Los principales de esos efectos son:

1. El entredicho pierde el gobierno de su persona.

2. El entredicho queda afectado de una incapacidad negocial plena, general y uniforme, desde el momento de la interdicción provisional, siempre que la sentencia definitiva decrete la interdicción, porque si la sentencia definitiva no decreta la interdicción definitiva, los actos realizados por quien estuvo sometido a interdicción provisional son válidos.

8 [illegible] 1961.

[illegible]

[illegible] otra "circunstancia".

[illegible]

[illegible]

[illegible] ... de su lugar

[illegible]

VII. LA TUTELA DE INTERDICTOS POR DEFECTO INTELECTUAL

1º Principio general

La tutela ... [illegible] ... por las ... [illegible] ... salvo disposición especial de la ley

[illegible] ... por defecto intelectual

[illegible] ... tiene sus reglas propias

[illegible] ... (art. 308, 1ª disp.)

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible] art. 837, ord. 3º)

padre y la madre la hayan nombrado [illegible] por testamento o por escritura pública previniendo la medida en dicho acto (C.C. art. 399).

d) Por último, el Juez, a falta de las personas anteriormente indicadas o cuando todas ellas estén impedidas, el Juez nombrará tutor al entredicho conforme a las normas establecidas para los menores no emancipados (C.C. art. 399) [illegible] de la LOPNA, los niños y adolescentes.

B) En cuanto a las formalidades previas al ejercicio del cargo de tutor, dispone la ley que el cónyuge, el padre o la madre no necesitan discernimiento para ejercer el cargo de tutor y no están obligados a prestar caución (C.C. art. 400). En la misma disposición se establece que dichas personas tampoco estarán obligadas a presentar estados anuales de cuentas, pero [illegible] en la tutela [illegible] la ley no extiende tales previsiones a los abuelos.

C) En cuanto a [illegible] del tutor, se establece que la primera diligencia del [illegible] entredicho [illegible] principalmente [illegible] (C.C. art. [illegible]) y que es el Juez con conocimiento de causa quien decidirá si el entredicho debe ser cuidado en su casa o en otro lugar, pero [illegible] intervención [illegible] del incapaz (C.C. art. 401, ap. único).

D) En cuanto a la temporalidad del cargo de tutor, dispone la ley que nadie estará obligado a continuar en la tutela del entredicho por más de diez años, con excepción de los cónyuges, ascendientes o descendientes (C.C. art. 402). Esta disposición obedece a la consideración de que la tutela de entredicho es de duración indefinida.

E) En cuanto a la cesación relativa del tutor en su cargo, la reforma de 1982 estableció que si la tutela del entredicho divorciado era ejercida por su cónyuge, una vez que se dicte la sentencia que declare el divorcio, se procederá a designar nuevo tutor conforme a los artículos 398 y 399 (C.C. art. 187 en conexión con el art. [illegible]). Ello significa que el legislador de 1982 —salvo casos excepcionales— mantiene bajo la tutela de su contraparte al entredicho demandado por divorcio durante todo el tiempo que dure el juicio, lo que

es igualmente [illegible] (La solución [illegible] aparece en el [illegible] del Código de 1942 y que debería [illegible] aplicar al caso *mutatis mutandis* las normas de la tutela de menores según las cuales son inhábiles para ser tutores, protutores o miembros del Consejo de Tutela, entre otros, los que tengan con el menor un pleito o cuya [illegible] peligro [illegible] (C. C. art. 399, [illegible]) y de que deben ser removidos de la tutela los [illegible] desde que sobrevenga su incapacidad (C. C. art. [illegible]).

VIII. La revocación de la interdicción por defecto intelectual

Como el defecto que fundamenta la interdicción puede cesar, la ley ha previsto la revocación de la interdicción, la cual, una vez firme, hace cesar ésta con todos sus efectos.

1º Legitimación activa

Puede revocarse la interdicción a solicitud de las mismas personas que pueden promover la interdicción [illegible] (C. P. C. art. 739).

2º Procedencia

La revocación procede cuando se pruebe que ha cesado la causa que dio origen a la interdicción (C. C. art. [illegible]).

3º Procedimiento

El Juez [illegible] a pruebas por el lapso que determine y se consultará su decisión con el Superior (C. P. C. art. 739).

LA INTERDICCIÓN LEGAL

I. Causas

Queda sometida a interdicción legal toda persona condenada a presidio durante el tiempo de ésta.

II. Naturaleza

La interdicción legal es una pena accesoria que sigue necesariamente a la de presidio y que no puede imponerse separadamente de éste (C. Pen. art. 13, ord. 1).

III. Regulación

La tutela del entredicho legalmente se rige por las normas de la interdicción judicial en cuanto sean aplicables (C.C. art. 409) pero en todo lo concerniente a capacidad y otros efectos se rige por el Código Penal (art. 23, ap. único). Así:

1. El reo no queda sometido a la guarda de la persona del tutor, ya que su persona queda sometida al régimen penitenciario.

2. El reo queda privado de la disposición de sus bienes por actos entre vivos y de la administración de los mismos, así como de la patria potestad (C. Pen. art. 23, 1er. ap.). No obstante la expresión de la ley, pensamos que queda exento sólo en forma absoluta del ejercicio de la patria potestad pero no privado de ella en el sentido que tiene en el Código la expresión privación de la patria potestad[1]. La LOPNA se pronuncia en sentido contrario (art. 352, h).

3. Obsérvese que la interdicción legal no impide al reo disponer de sus bienes por testamento, ni afecta su capacidad para actos de carácter personal como contraer matrimonio o reconocer hijos extramatrimoniales.

4. En materia de derechos de autor el entredicho por condena penal puede, por medio de mandatario o representante, autorizar la utilización relativa a la obra creada por él y ejercer en juicio las acciones derivadas de estos actos jurídicos o de su condición de titular de derechos, según la Ley sobre el Derecho de Autor (art. 55). La peculiaridad consiste en permitirle designar representante voluntario para tales efectos en vez del tutor.

5. La nulidad de los actos realizados por el entredicho por condena penal, mientras dure su incapacidad, es absoluta y no relativa.

[1] [illegible] desapareció desde el Código Civil del 42.

o sea que puede invocarla cualquier interesado (C.C. art. [illegible], ap. único). Lo que se fundamenta en que esta incapacidad no tiene como finalidad principal proteger el interés del entredicho, lo que justificaría una nulidad relativa, sino el interés colectivo de defensa social, lo que justificaría la nulidad absoluta invocable por todos los interesados).

TUTELA DEL ESTADO

En su acápite, el artículo 3, la Ley del Instituto Nacional de Geriatría y Gerontología de 1978 dispuso que: "los beneficiarios que sean sometidos a interdicción estarán bajo la tutela del Estado, quien la ejercerá por órgano del Instituto Nacional de Geriatría y Gerontología".

La expresión "los beneficiarios" es equívoca. En efecto, podría entenderse que se extiende a todos los venezolanos y a los extranjeros con residencia permanente en el país que hubieran cumplido 65 años de edad porque el encabezamiento del artículo 2º de la Ley citada establece que: "Son beneficiarios de la protección señalada en el artículo anterior los venezolanos y los extranjeros con residencia permanente en el país cuya edad sea mayor de sesenta y cinco (65) años". Pero esa interpretación sería [illegible], puesto que no [illegible] todas las tutelas de entredichos mayores de 65 años, incluso de los que están debidamente protegidos por su familia.

Pensamos, pues, que los beneficiarios o las personas a que se refiere el artículo 3º de la citada Ley son sólo los sujetos previamente calificados y, en el orden preventivo, que se determine mediante estudio socioeconómico que se encuentran por causas determinantes de invalidez, edad, [illegible] económica, el desamparo familiar y cualquiera otra similar.

En ese entendido creemos que la tutela del Estado procedería en caso tanto de tutela por defecto intelectual como de tutela por condena penal.

Nada dice la Ley acerca de las normas que regirán la tutela del Estado sobre entredichos. Habrá pues necesariamente que recurrir a una donde

analogía con la tutela ordinaria de entredichos y la tutela del Estado prevista para los menores en el Código Civil.

La ley arriba citada fue objeto de reforma parcial en 1988, pero en nada se modificó la materia de la tutela a que nos referimos, salvo el número del artículo 32 de 1978 que ahora pasó a ser artículo 31. Por lo demás, la LOPNA suprimió la tutela de menores a cargo del Estado.

Capítulo XXXI
INHABILITACIÓN

Inhabilitación. Inhabilitación judicial.

Inhabilitación legal. Otros medios de protección legal.

INHABILITACIÓN

I. Concepto

La inhabilitación judicial consiste en una privación limitada de la capacidad negocial en razón de un defecto mental que no sea tan grave como para originar la interdicción, o en razón de prodigalidad.

II. Clases

La inhabilitación puede ser judicial o legal.

Inhabilitación judicial, decretada o declarada, es la que pronuncia el juez.

Inhabilitación legal es la que afecta a personas determinadas por la ley, sin que sea necesario pronunciamiento judicial alguno.

Ambas son medidas de protección. Las inhabilitaciones resultantes de condenas penales (inhabilitación política o inhabilitación para el ejercicio de alguna profesión, industria o cargo) no implican la inhabilitación civil judicial ni legal.

INHABILITACIÓN JUDICIAL, DECRETADA O DECLARADA

I. Causas

[illegible] art. 409), puede ser

[illegible]

[illegible] justificación de los gastos.

II. Legitimación activa (¿Quiénes pueden pedir la inhabilitación?)

De acuerdo con el Código Civil [illegible]

III. Procedimiento

[illegible]

[illegible] la Sentencia [illegible] Superior.

IV. Efectos de la inhabilitación judicial (régimen jurídico del inhabilitado judicial)

1. [illegible]

2. *En materia de [illegible]* [illegible] caso concreto.

[illegible]

[illegible] actos de simple administración.

[illegible] art. 147)

B) A diferencia de lo que ocurre con la interdicción, no existe ninguna norma que permita impugnar los actos anteriores a la inhabilitación [illegible] lo expuesto acerca de capitulaciones matrimoniales y donaciones hechas al otro cónyuge con motivo del matrimonio.

Por último debe tenerse en cuenta estas normas especiales en materia de donaciones y sucesiones:

a) El inhabilitado no puede hacer donaciones salvo en el caso de que se trate de donaciones al otro cónyuge por causa del matrimonio (C.C. arts. 1.455, [illegible] y 1.47[illegible]) o, según la doctrina, de que se trate de donaciones manuales o remuneratorias; pero sí puede disponer por testamento (C.C. art. 837).

b) En cuanto a la aceptación de donaciones es aplicable lo dicho a que el menor emancipado sólo requiere el consentimiento [illegible] (C.C. art. 1.442).

c) Los inhabilitados no pueden aceptar herencias sino con el consentimiento del curador y a beneficio de inventario; pero si el curador se opone a la aceptación el inhabilitado puede solicitar al Juez que lo autorice para aceptar con dicho beneficio (C.C. art. 996).

d) [illegible] menores (C.C. art. 409, encab.).

V. Rehabilitación del inhabilitado judicial

La inhabilitación se revocará, como la interdicción, cuando hayan cesado las causas que la motivaron (C.C. art. 412 y C.P.C. art. 740).

VI. Diferencias entre inhabilitación e interdicción judiciales

Las principales son:

1. *En cuanto a sus causas*: La interdicción judicial sólo procede por un estado habitual de defecto intelectual que impida al sujeto

proveer a sus necesidades; la inhabilitación, en cambio, procede por un defecto intelectual menos grave o por prodigalidad.

2º *En cuanto al procedimiento.* La interdicción judicial presupone un juicio con dos fases, en el cual se pasa del sumario al plenario por un decreto de interdicción provisional; el juicio de inhabilitación también tiene dos fases, pero al final del sumario no puede decretarse la inhabilitación provisional[1].

3º *En cuanto al gobierno de la persona.* La interdicción judicial deja al entredicho sometido a la potestad del tutor; la inhabilitación no priva al inhabilitado del gobierno de su persona.

4º *En cuanto al grado de la incapacitación.* La interdicción judicial crea una incapacidad absoluta, general y uniforme; la inhabilitación judicial implica una restricción de la capacidad que no es uniforme para los distintos inhabilitados, ni tampoco se extiende en principio a la generalidad de los negocios jurídicos.

5º *En cuanto al régimen de incapaces.* La interdicción judicial somete a un régimen de representación (la tutela); la inhabilitación a un régimen de asistencia (la curatela de inhabilitados).

INHABILITACION LEGAL

I. INHABILES POR DETERMINACION DE LA LEY

Son:

1) Los sordomudos; 2) los ciegos de nacimiento; y 3) los que hubieren cegado durante la infancia, a partir del momento en que alcancen la mayoridad (C.C., art. 410). El fundamento de la norma es una presunción del legislador de que tales defectos físicos suelen afectar al sujeto en una medida en que la protección de sus intereses patrimoniales exige una limitación de su capacidad. Como tales defectos son fáciles de reconocer, el legislador no ha creído necesario un juicio de inhabilitación, sino que se contenta con declarar ésta de pleno derecho.

1 [illegible] Sup. Trib. [illegible] del D.F. [illegible] t. XX [illegible]

II. Régimen jurídico del inhabilitado legal

[illegible]

III. Habilitación

[illegible] la inhabilitación judicial.

NULIDAD DE LOS ACTOS CELEBRADOS POR EL INHABILITADO SIN ASISTENCIA DEL CURADOR

[illegible] 411).

OTROS MEDIOS DE PROTECCIÓN LEGAL

[illegible] importantes son:

[illegible] de los suyos al usufructuario.

[illegible] 1.060 y siguientes).

III. El fideicomiso[2] que puede ser utilizado para obtener finalidades análogas a las propias de los regímenes de incapaces.

IV. Los regímenes de la no presencia y de la ausencia, que estudiaremos en el próximo capítulo.

2 En otros cursos de la carrera se estudiará esta institución difícil de explicar en pocas palabras.

Capítulo XXXII
NO PRESENCIA Y AUSENCIA

La no presencia. Generalidades sobre ausencia.
Ausencia presunta. Ausencia declarada. Muerte presunta.
Régimen especial de ausencia en caso de siniestros.
Ausencia y derechos eventuales del ausente.

NO PRESENCIA Y AUSENCIA

La no presencia y ausencia son dos instituciones distintas que coinciden en proveer a la protección de determinadas personas que se encuentran impedidas de obrar por sí mismas, debido al hecho de no hallarse en un determinado lugar y a otras circunstancias que varían según se trate de no presentes o de ausentes. De lo expuesto se desprende que las mencionadas instituciones se asemejan a los regímenes de incapacidad, en cuanto proveen a la protección de personas que no pueden hacerlo por sí mismas, mientras que se diferencian de esos regímenes en cuanto que protegen a las personas que no pueden obrar por sí mismas por razones ajenas a las que determinan incapacidades legales.

LA NO PRESENCIA

I. Concepto

No presente es la persona que no se encuentra en el país en un momento dado sin que exista motivo legal para dudar de su existencia.

II. Efectos

La no presencia produce los efectos civiles principales:

1º La exclusión del no presente del ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos (CC: art. 262), norma que no está incorporada expresamente a la LOPNA, pero que estimo no derogada (LOPNA: art. 684).

2º El nombramiento de un defensor al no presente:

A) Cuando sea demandada una persona no presente en el país cuya existencia no esté en duda y que no tenga quien legalmente la represente (CC: art. 417, encabezado), de acuerdo con la ley procesal que agrega otras exigencias (CPC: art. 224). En este caso es necesario, pues, que al no presente del supuesto se unan las circunstancias de haber sido demandado en Venezuela, carecer de quien lo represente en dicho caso y cumplirse además algunas exigencias procesales, y

B) Cuando deba practicarse alguna diligencia judicial o extrajudicial para la cual sea indispensable la citación o representación del no presente (CC: art. 417, ap.), siempre que este carezca de quien pueda representarlo a tales efectos. Este segundo caso fue previsto expresamente en el Código Civil de 1942, con lo cual se consagró el criterio de la jurisprudencia anterior que, por analogía con el caso de la demanda intentada contra el no presente, nombraba a este defensor para las diligencias señaladas.

3º El defensor puede y debe representar al no presente en el juicio o diligencia de que se trate en defensa de sus intereses, pero sus poderes están limitados en el sentido de que no podrá convenir en la demanda ni transigir si no obtuviere el dictamen favorable y conforme de dos asesores de notoria competencia y probidad que para estos casos nombrará el Tribunal de Primera Instancia de la jurisdicción en donde curse el asunto, a petición del defensor (CC: art. 418, últ. ap.). Es de observar que, obtenido este dictamen con las condiciones exigidas, el defensor no requiere autorización judicial para convenir o transigir.

GENERALIDADES SOBRE AUSENCIA

I. Concepto

[illegible]

II. Relación con otras instituciones

[illegible] especialmente

1. [illegible] obrar

2. [illegible] hacerlo por sí mismos, y

3. [illegible] efectos jurídicos de aquella

III. Intereses en juego

[illegible]

1. [illegible]

2. [illegible]

tencia del ausente no les impida —al menos totalmente— entrar en el goce de tales derechos o liberarse de sus obligaciones, según los casos.

La ley protege ambas categorías de intereses, pero el grado en que protege unos y otros depende de la mayor o menor probabilidad de que el ausente sobreviva o haya muerto. De allí que en el régimen ordinario de la ausencia se distingan tres fases o etapas que se suceden a medida que aumenta la probabilidad de la muerte y en las cuales se pasa de la protección predominante de los intereses del ausente a la protección predominante de los intereses de las personas cuyos derechos dependen de la muerte del ausente. Por la misma razón, se establece un régimen especial de ausencia para aquellos casos en que desde el principio es más alta la posibilidad de que el ausente haya muerto.

FASES EN EL REGIMEN ORDINARIO DE LA AUSENCIA

En el régimen ordinario de la ausencia la ley distingue tres fases, etapas o grados:

1º La ausencia presunta,

2º La ausencia declarada y

3º La muerte presunta.

En otros Derechos se llega hasta la declaración de muerte cuando se considera que la posibilidad de supervivencia es prácticamente despreciable, pero entre nosotros sólo se llega hasta una presunción de muerte cuyos efectos jurídicos *no se equiparan a los de la muerte propiamente dicha*.

AUSENCIA PRESUNTA

I. La presunción de ausencia

1º Supuesto. La ley presume ausente a la persona cuando concurren las dos circunstancias siguientes:

A) Que la persona haya desaparecido de su último domicilio o residencia; y B) Que no se tengan noticias de la persona (C.C., art. 418), ni emanadas de ella ni de otro.

[illegible]

[illegible]

II. Efectos de la presunción de ausencia

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

B. [illegible] (CC art. 419, ap. 2º)

2. [illegible]

III. Cesación de la presunción de ausencia

[illegible]

1º [illegible] ausente,

2º Cuando se prueba su muerte, y

3º [illegible] su ausencia.

AUSENCIA DECLARADA

I. Declaración de ausencia

1º Supuestos

[illegible]

[illegible] haya renunciado al mandato.

[illegible]

2° Legitimación activa (¿quiénes pueden pedir la declaración de ausencia?)

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible] herederos.

3° Intervención del cónyuge

[illegible]

4° Procedimiento

[illegible]

ausencia, se trata para que comparezca o dé aviso en forma auténtica de su existencia en el lapso de tres meses (C.C. art. 422, 1ª disp.). Este emplazamiento se hará por medio de publicaciones en un periódico repetidas cada quince días durante el lapso de comparecencia (C.C. art. 422, 2ª disp.).

Si transcurrido el lapso de emplazamiento no comparece el ausente por sí o por medio de su apoderado ni da aviso en forma auténtica de su existencia, el Juez, si no tiene razones para diferir su decisión, se pronunciará sobre la declaración de ausencia (C.C. art. 423).

En cualquier estado del proceso se le declarará terminado al comparecer el presunto ausente o al obtenerse en forma auténtica noticia de su existencia (C.C. art. 424, encabezado).

La sentencia que declare la ausencia se publicará íntegramente en un periódico (C.C. art. 424, ap. único).

II. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA

1º Declarada la ausencia mediante sentencia ejecutoriada, el Tribunal a solicitud de cualquier interesado ordenará la apertura de los actos de última voluntad del ausente (C.C. art. 425, encabezamiento). Se discute quiénes son los interesados a este efecto. Creemos que lo son, por lo menos, los presuntos herederos *ab intestato* y las personas que tienen un derecho u obligación que dependa de la muerte del ausente, porque estas personas no pueden hacer valer sus pretensiones sino contradictoriamente con los herederos del ausente, de modo que necesitan saber quiénes son esos herederos.

2º Los herederos del ausente, si éste hubiere muerto el día de las últimas noticias de su existencia, o los herederos de aquéllos, pueden pedir al Juez la posesión provisional de los bienes del ausente (C.C. art. 426, ap. 1º).

3º No se pondrá en posesión de los bienes a los herederos sin que previamente presten caución para garantizar su administración por una cantidad que fijará el Juez, o mediante otras precauciones que el Juez estime convenientes en interés del ausente si no pudieren prestar la caución (C.C. art. 426, ap. últ.). Ejemplos de tales precauciones son ordenar al heredero la rendición periódica de cuentas o designar personas que fiscalicen su administración.

3) La posesión provisional de los bienes deberá darse por formal inventario (C.C. art. 425, encab.).

(?) La posesión provisional atribuye a los que la obtienen y a sus sucesores la administración de los bienes del ausente, el derecho de ejercer en juicio las acciones que a éste competan y el goce de los bienes en la proporción que se indicará (C.C. art. 428).

4) En cuanto a los *poderes de administrar* debe señalarse que la ley exige a los poseedores provisionales que obtengan autorización judicial para todos los actos que excedan de la simple administración (C.C. art. 429, encab.).

b) Así como la ley atribuye a los poseedores provisionales la *facultad de ejercer en juicio las acciones del ausente*, dispone que después del decreto que haya acordado la posesión provisional, las acciones contra el ausente se dirigirán contra los que hubieren obtenido esa posesión [illegible] a partir del decreto [illegible] el Juez [illegible] de las demandas contra el ausente [illegible] de este [illegible] del poseedor provisional.

c) En cuanto al *goce de los bienes* la ley establece que:

1) Los ascendientes, descendientes y el cónyuge que tengan la posesión provisional [illegible] (C.C. art. 429, ap. 1º). Y

2) Las demás personas [illegible] las rentas [illegible] primeros años [illegible] del día en que obtuvieron la posesión provisional [illegible] después de dicho plazo (C.C. art. 429, ap. 2º).

d) El Juez [illegible] si lo creyere conveniente, *la venta en totalidad o en parte de los bienes muebles*, determinando el empleo que deba darse al precio [illegible] (C.C. art. 42?, ap. [illegible]).

5) Declarada la ausencia, quienes tengan derechos sobre los bienes del ausente que dependan de su muerte pueden pedir [illegible] *el ejercicio provisional de esos derechos* (C.C. art. 426, ap. 2º). No se les pondrá en dicho ejercicio sino dando caución por una cantidad que fijará el Juez o

mediante cualesquiera otras precauciones si no se pudiere prestar la caución (C.C. art. 426, ult. ap.).

4º Aunque no lo diga expresamente la ley, los deudores cuya liberación dependa de la muerte del ausente (p. ej., el obligado a pagarle vitaliciamente una suma) por analogía, pueden pedir al Juez que decrete su *liberación provisional*, previa caución u otra precaución que la supla si no pueden prestarla.

5º La declaración de ausencia disuelve la comunidad de los bienes en el matrimonio (C.C. art. 173, ap. 2º) si bien el matrimonio mismo subsiste (v. *infra*, Efectos de la presunción de muerte, 3º).

6º El cónyuge del ausente, además de lo que le corresponde por las convenciones de matrimonio y por sucesión, puede en caso necesario obtener una *pensión alimenticia* que se determinará por la condición de la familia y la cuantía del patrimonio del ausente (C.C. art. 427).

III. Cesación de los efectos de la declaración de ausencia

Los efectos de la declaración de ausencia pueden cesar en forma absoluta, o sea, *erga omnes*, o en forma relativa, o sea, respecto de determinadas personas.

1º La cesación absoluta.

A) Si durante la posesión provisional vuelve el ausente o se prueba su existencia, cesan los efectos de la declaración, salvo, si hay lugar, las garantías de conservación y administración del patrimonio constituidas conforme a las exigencias de la ley (C.C. art. 431).

En tal caso, los poseedores provisionales de los bienes deben restituirlos con las rentas en la proporción en que no las han hecho suyas (C.C. art. 431).

Si los poseedores provisionales han efectuado gastos de conservación de los bienes del ausente, creemos que no tienen acción contra éste para obtener su reembolso; pero si efectuaron mejoras en dichos bienes pueden reclamar la suma menor entre el mayor valor dado a la cosa y el monto de las impensas.

B. Si durante la posesión provisional se descubre de una manera cierta la época de la muerte del ausente, se abre la sucesión en favor de los que en esa época eran sus herederos; y si fueren otros los que han gozado de los bienes, estarán obligados a restituirlos con las rentas en la proporción que respecto de éstos corresponda (C.C. art. 432).

2° La cesación relativa

La cesación relativa sólo está prevista expresamente por la ley en orden a la posesión provisional de los bienes, aunque la respectiva norma se aplica *mutatis mutandis* a los otros efectos de la declaración de ausencia.

En cuanto a la posesión provisional, dispone la ley que si durante aquélla alguien prueba que a la época de las últimas noticias tenía un derecho superior o igual al del poseedor actual, puede, según los casos, excluir a éste de la posesión o hacerse asociar a dicha posesión, pero no tiene derecho a los frutos sino desde el día en que proponga la demanda (C.C. art. 425). Esta limitación relativa a los frutos suele explicarse como una sanción para quien no pidió oportunamente la posesión provisional o como una garantía mínima a la persona del poseedor provisional. La explicación no es satisfactoria porque [illegible] puede haberse encontrado sin su culpa en la imposibilidad de pedir la posesión provisional con anterioridad y porque beneficia incluso al poseedor de mala fe.

MUERTE PRESUNTA

I. PRESUNCIÓN DE MUERTE

Si la ausencia ha continuado por espacio de diez años desde que fue declarada, o si han transcurrido cien años desde el nacimiento del ausente, el Juez, a petición de cualquier interesado, declarará la presunción de muerte y entonces concederá la posesión definitiva de los bienes y la cesación de las garantías que se hayan impuesto (C.C. art. 434, 1ª disp.). Esta determinación se publicará por la imprenta (C.C. art. 434, 2ª disp.).

[illegible]

II. Efectos de la presunción de muerte

1. [illegible] … 34)

[illegible] … de ellos)

2. [illegible]

3. [illegible] … subsiste)

III. Cesación de los efectos de la presunción de muerte

[illegible]

[illegible]

[illegible]

RÉGIMEN ESPECIAL DE LA AUSENCIA EN CASO DE SINIESTROS

1. PRESUNCIÓN DE MUERTE POR ACCIDENTE

1. Supuestos. Sólo procede la presunción de muerte por accidente [illegible]

A. Que una persona se haya encontrado en un [illegible] [illegible] C.C. art. 438 [illegible] [illegible] en él[2]

[illegible] C.C. art. 438 [illegible] no procede la presunción de muerte por accidente [illegible] C.C. art. 438 [illegible]

2. [illegible] de muerte por accidente

A. [illegible] C.C. art. 438 [illegible]

1 [illegible]

3 Binstock, H., ob. cit., pp. 21-2

3. Intervención del cónyuge. Por analogía con las normas sobre el juicio de declaración de ausencia, debe admitirse que el cónyuge del pretendido ausente puede contradecir la solicitud de que se declare la presunción de muerte por accidente.

4. Procedimiento. El procedimiento comienza por solicitud dirigida al Juez de Primera Instancia que ejerza la jurisdicción civil en el lugar del último domicilio del pretendido ausente (C.C. art. 438) o en el [illegible] residencia si no se conoce aquel (C.C. art. 438, ap. único, 1ª disp.). Pasado cierto período se evacuarán las pruebas y luego el Juez decidirá (C.C. art. 438, ap. único, 2ª disp.).

II. Efectos de la presunción de muerte por accidente

1. Los efectos inmediatos de la declaratoria de la presunción de muerte por accidente son los mismos efectos de la declaración ordinaria de ausencia (C.C. art. 439). En consecuencia, la presunción de muerte por accidente suprime la primera fase ordinaria de la ausencia, o sea, la presunción de ausencia.

2. Pasados tres años de haberse declarado la presunción de muerte por accidente, [illegible] cualquier interesado [illegible] acordará la posesión definitiva de los bienes y la extinción de las garantías que se hubieren constituido, [illegible] medidas establecidas para [illegible] (C.C. art. 439), sin que [illegible] tenga relevancia el tiempo transcurrido desde el nacimiento del ausente.

AUSENCIA Y DERECHOS EVENTUALES DEL AUSENTE

I. Principio fundamental

Para comenzar el estudio de este tema es necesario tratar de la suerte de los derechos que corresponderían al ausente si constara su existencia. El principio fundamental[4] en esta materia es que no se admite la reclamación de ningún derecho en nombre de una persona cuya existencia se ignore si no se prueba que dicha persona existía

4 Binstock, H., ob. cit., pp. 34-5

[illegible] En consecuencia, los derechos [illegible] pueden ser reclamados por el representante del [illegible] presunto o por los poseedores provisionales o definitivos [illegible] del presunto muerto, respectivamente [illegible] puede reclamar en nombre del ausente los derechos [illegible] después de su ausencia.

II. Régimen especial

La ley regula en forma especial la apertura de una sucesión a [illegible] parte [illegible] ausente [illegible] a pesar de que [illegible] la sucesión [illegible] Código [illegible] parte respectiva [illegible] personas [illegible] ausente [illegible] muerto [illegible] (C.C. art. 112 [illegible]).

[illegible] (C.C. art. 112 [illegible]) [illegible] prendaria o [illegible] pero si no pudieren [illegible] Tribunal puede [illegible] en consideración la calidad de las personas [illegible] con el ausente y otras circunstancias (C.C. art. 112 [illegible]).

[illegible] transcurridos [illegible] desde [illegible] dejado mandatario para la administración de sus bienes, o diez y seis en caso de que lo haya dejado [illegible] cien años de nacimiento del ausente (C.C. art. 112 [illegible]). [illegible] ausente [illegible] Código Civil de 1922 [illegible] para [illegible] años desde la presunción de [illegible] Código Civil de 1922, art. [illegible] Código de 1942 [illegible] años desde la declaración de ausencia para poder decretar la presunción de muerte (C.C. de 1922, art. [illegible]) [illegible] años según los casos. [illegible]

artículo 42 en cuanto [illegible] tiempo necesario para declarar la ausencia hubiera reducido los plazos [illegible] 15 años respectivamente.

Asimismo [illegible] destacar que [illegible] disposición [illegible] debe aplicarse [illegible] presunción de muerte por accidentes [illegible] que dentro de esta [illegible] especial debe entenderse que es de 3 años contados a partir de la declaración [illegible] pues este es el plazo señalado para la conversión de las posesiones provisionales en definitivas[5].

Mientras el ausente no se presente [illegible] no se intenten las acciones que le competen [illegible] suyos los frutos percibidos de buena fe [illegible] la regla es pues diferente de la establecida para la adquisición de los frutos por parte de los poseedores provisionales o definitivos de los bienes del ausente ya que a estos [illegible]

[illegible] las personas [illegible] pasa la [illegible] completamente a los poseedores provisionales o definitivos de los bienes del ausente.

5 Binstock, H. ob. cit., pp. 58-9.
6 [illegible] ordinario de la misma.

Capítulo XXXIII
PERSONAS JURIDICAS *STRICTO SENSU*: TEORIA GENERAL

Concepto de persona jurídica *stricto sensu*. Supuestos de la personalidad jurídica. Efectos de la atribución o reconocimiento de la personalidad jurídica. Clasificación de las personas jurídicas: remisión.

CONCEPTO DE PERSONA JURIDICA *STRICTO SENSU*

Como dijimos, son personas jurídicas *stricto sensu* (denominadas también personas morales, colectivas, complejas, abstractas, incorporales o ideales) los entes que sin ser individuos de la especie humana gozan de personalidad jurídica, o sea que pueden ser titulares de derechos o deberes jurídicos. Esta definición es suficiente para distinguir las personas jurídicas de las naturales, a pesar de que solo indica en forma negativa, como rasgo de estas últimas, el hecho de que no son individuos de la especie humana. Una definición más perfecta de las personas jurídicas no solo indicaría que no son seres humanos, sino que señalaría qué son, pero ello presupone un análisis que corresponde al curso de "Introducción al Derecho".

SUPUESTOS DE LA PERSONALIDAD JURIDICA

Para que entes distintos de los seres humanos tengan personalidad jurídica deben reunir determinadas condiciones llamadas supuestos de la personalidad jurídica, y que se refieren a

substrato del ente, a su finalidad y a la atribución o reconocimiento de su personalidad jurídica por parte del ordenamiento jurídico.

I. En orden a su substrato

La personalidad jurídica presupone un substrato que puede ser personal o real. Substrato personal es el conjunto de personas; substrato real, un conjunto de bienes. Por regla general las personas jurídicas requieren *ambos* substratos, pero el substrato esencial es el real. Ya que una categoría de personas jurídicas, las fundaciones, carece de substrato personal, mientras que no existen personas jurídicas carentes de substrato real, ya que a todas les atribuye personalidad jurídica a efectos su patrimonio.

La formación del substrato personal —o sea, la formación del conjunto de personas— puede [illegible] como ocurre con ciertas personas de Derecho Público, o ser puramente voluntaria, como sucede por ejemplo con las sociedades. La formación del substrato real suele ser voluntaria.

Debe tenerse en cuenta, por último, que los cambios del substrato personal o real que ocurran después de la constitución de la persona jurídica no implican cambio en la identidad de ésta, si bien pueden producir otros efectos.

II. En orden a su finalidad

La personalidad jurídica presupone, además, una finalidad señalada por la ley o por el acto constitutivo de la persona jurídica. Es necesario que esa finalidad sea posible, lícita y determinada o determinable.

III. En lo referente a la atribución o reconocimiento de su personalidad

Por lo demás, la personalidad jurídica debe estar atribuida o reconocida por un ordenamiento jurídico. En este aspecto pueden distinguirse tres sistemas legislativos principales, especialmente en relación con las personas de Derecho Privado.

El *sistema de reconocimiento* [illegible] sistema [illegible] gozan de personalidad jurídica [illegible].

2. El *sistema gubernamental* [illegible] o acto gubernativo [illegible] personalidad [illegible].

3. El *sistema normativo o legal* [illegible] cumplimiento de formalidades señaladas por la ley.

[illegible] en relación con las distintas clases de personas [illegible] nuestro Derecho adopta diferentes sistemas de atribución o reconocimiento de la personalidad.

Nuestro Derecho Privado [illegible] como regla el sistema normativo o legal.

EFECTOS DE LA ATRIBUCION O RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURIDICA

Una vez atribuida [illegible] la personalidad jurídica [illegible] ente surge [illegible] propia persona jurídica [illegible].

I. La persona [illegible] *derechos de la personalidad* [illegible] personalidad que [illegible] primeras fases.

II. La persona [illegible] *identidad propia* distinta de la de sus [illegible] integrantes [illegible] algunas [illegible] por la muerte de uno siquiera de sus integrantes.

A esa identidad propia corresponden [illegible] identidad de la persona [illegible] manera).

III. [illegible]

IV. [illegible]

V. [illegible] cipio de donde deriva que:

[illegible]

VI. [illegible]

[illegible]

[illegible] cución de su fin propio[1]

[illegible]

[illegible] familiares y cuasifamiliares[2]

[illegible]

[illegible] propaganda, etc.)

[illegible]

[illegible] debe indicarse que:

[illegible] órganos o representantes, y

1 [illegible] Trab. (Gac. For. 2ª etapa, nº 9, vol. II, p. 84)

2 [illegible]

B) Modernamente no se discute la capacidad delictual (civil) de las personas jurídicas, quienes pueden ver comprometida su responsabilidad (civil) por hecho ilícito, como se verá al estudiar el Derecho de Obligaciones. Sin embargo, tales entes carecen de capacidad delictual en la esfera del Derecho Penal[3].

CLASIFICACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: REMISIÓN

Sobre la clasificación de las personas jurídicas, véase lo expuesto en el Capítulo IV.

3 Cfr. Sup. 2ª en lo Pen. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 9-XI-1959, J.T.R., vol. VII, tomo II, pp. 461-465.

CAPÍTULO XXXIV
PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO: FUNDACIONES

Fundaciones y personas de tipo asociativo. Fundaciones y otras instituciones jurídicas semejantes. Constitución, identidad, domicilio, capacidad, dirección y administración de las fundaciones. Extinción.

FUNDACIONES Y PERSONAS DE TIPO ASOCIATIVO

La fundación presupone, como sabemos, la atribución permanente y exclusiva de un conjunto de bienes (substrato real) a una finalidad, sin que exista un conjunto de personas que integren el ente (aunque siempre habrá una o más personas que lo creen), razón por la cual se la llama *universitas rerum* o *universitas bonorum*. En cambio, la persona de tipo asociativo presupone, como también sabemos, una pluralidad —al menos inicial— de personas (substrato personal) interesadas en la obtención de un fin común y la afectación permanente y exclusiva por parte de ellas de un conjunto de bienes (substrato real) a la consecución de dicho fin. Para oponerla a la fundación se suele llamar a la persona asociativa *universitas personarum*.

1º Las asociaciones requieren un elemento constitutivo personal, mientras que las fundaciones *carecen de él*. En efecto, mientras éstas sólo están compuestas de bienes, toda asociación presupone la existencia de personas que sean integrantes de ella y, en particular, presupone en el momento de su constitución una pluralidad de personas integrantes.

2\. [illegible]

3\. [illegible]

4\. [illegible] creado).

5\. [illegible] ella).

6\. [illegible]

7\. [illegible] original sería un contrasentido.

FUNDACIONES Y OTRAS INSTITUCIONES JURÍDICAS SEMEJANTES

[illegible]

[illegible] afecte al fin perseguido.

[illegible] "fiduciaria".

[illegible] trata.

[illegible]

Las relaciones existentes entre las personas que establecen la finalidad que se perseguirá, calculan los medios de alcanzarla, elaboran el programa y recaudan las contribuciones (comité) por una parte, y los donantes por la otra, son difíciles de calificar jurídicamente. Por lo demás en Venezuela donde esta materia no está regulada por la ley, el único control efectivo de la actividad de tales "comités" es el ejercido por la opinión pública.

CONSTITUCIÓN DE LAS FUNDACIONES

I. Generalidades

Para constituir una Fundación es necesario separar uno o más bienes del patrimonio de una o más personas (naturales o jurídicas) llamadas fundadores, y crear un patrimonio distinto afectado a un fin que además de ser posible, lícito y determinado o determinable, sea de utilidad general: artístico, científico, literario, benéfico o social (CC, art. 20). Este fin es lo que se llama objeto de la fundación.

Para lograr esa separación de bienes de un patrimonio y la constitución de un nuevo patrimonio afectado a un objeto de utilidad general, es necesario un acto o negocio jurídico del fundador (o fundadores) que es siempre un acto o negocio unilateral (ya que sólo exige el consentimiento de una parte: el fundador o los fundadores), pero que puede ser tanto un acto entre vivos como un acto *mortis causa*.

De acuerdo con una doctrina que cuenta con muchos adeptos, la constitución de la fundación implica dos actos o negocios jurídicos: el acto o negocio de fundación (que consiste en la manifestación de voluntad de querer la constitución de la fundación) y el acto o negocio de dotación (que consiste en atribuirle bienes a título gratuito y que, por ende, es, en principio, un acto de disposición, lo que debe tenerse en cuenta al juzgar sobre la capacidad o poder requeridos para celebrarlo).

Nuestro legislador no ha distinguido expresamente los dos actos (de fundación y de dotación), sino que ha regulado la constitución de la fundación por acto entre vivos y por testamento.

II. Constitución de las fundaciones por acto entre vivos

Para constituir la fundación por acto entre vivos es necesario: [illegible]

1. [illegible] nombre [illegible] será administrada y dirigida la fundación [illegible]

2. Elaborar los respectivos Estatutos, y [illegible]

3. Protocolizar [illegible] Registro del Departamento o Distrito [illegible] Estatutos de la fundación [illegible]

III. Constitución de las fundaciones por testamento

[illegible]

IDENTIDAD DE LAS FUNDACIONES

[illegible]

DOMICILIO DE LAS FUNDACIONES

La fundación tiene domicilio general propio, distinto del domicilio del fundador o fundadores. Ese domicilio es el que libremente se señale en su acta constitutiva o en el respectivo testamento, o a falta de tal señalamiento, el lugar donde esté situada su dirección o administración (C.C., art. 29, ord. 3º y arts. 28, 1ª disp.), independientemente del objeto de la fundación y del lugar donde tenga en realidad su asiento principal.

Consideramos aplicable a las fundaciones la previsión de que cuando tengan agencias o sucursales establecidas en lugares distintos de su domicilio, se tendrá también como domicilio suyo el lugar de la agencia o sucursal respecto de los hechos, actos y contratos que ejecuten o celebren por medio del agente o sucursal (C.C., art. 28, 2ª disp.). Este lugar, como se advierte, constituye por lo menos una atenuación del principio de la unidad del domicilio general.

Nada impide que las fundaciones, además de su domicilio general, tengan domicilios especiales y en particular domicilios de elección para ciertos asuntos o actos.

CAPACIDAD DE LAS FUNDACIONES

En este aspecto, basta remitirnos a lo expuesto en el Capítulo anterior al tratar de las personas jurídicas en general. Obsérvese, sin embargo, que las donaciones no remuneratorias que son ajenas al fin de algunas personas jurídicas, en cambio frecuentemente constituyen la actividad fundamental de algunas fundaciones.

DIRECCIÓN Y ADMINISTRACION DE LAS FUNDACIONES

Todo lo concerniente a la dirección y administración de las fundaciones en principio puede y debe ser determinado en el acto de su constitución o en sus Estatutos; pero como las fundaciones carecen de substrato personal y persiguen un objeto de utilidad general, la ley ha previsto cierta intervención del Estado en la

dirección y administración de las mismas las respectivas normas [illegible] dados sus fines [illegible] prevén que:

1. Las fundaciones quedan sometidas a la supervigilancia del Estado que la ejercerá por intermedio de los respectivos Jueces de Primera Instancia, ante los cuales rendirán cuenta los administradores (C.C. art. 21), y

2. En todo caso en que por falta, incapacidad o muerte del fundador o por cualquier otra circunstancia no pudiera ser administrada la fundación de acuerdo con sus Estatutos, el respectivo Juez de Primera Instancia organizará la administración o suplirá las deficiencias que en ella ocurran, siempre con el propósito de mantener en lo posible el objeto de la fundación (C.C. art. 22).

Infra se señalará cuál es la intervención del Estado en la disolución de las fundaciones.

EXTINCION DE LAS FUNDACIONES

I. Causas de extinción

Las fundaciones se extinguen por las causas de extinción establecidas en su [illegible] o en sus estatutos; pero además se extinguen por la imposibilidad sobrevenida de realizar su objeto. [illegible] imposible [illegible] objeto [illegible] hipótesis prevista [illegible] el respectivo Juez de Primera Instancia, oída la administración de la fundación, si fuere posible, podrá disponer la disolución de ésta y pasar sus bienes a otra fundación o institución (C.C. art. 23). Al respecto debe aclararse que el Juez puede también, según parece, hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 22 del Código Civil, cuando en lugar de disolver la fundación se limite a modificar su objeto.

II. Suerte de los bienes

Extinguida la fundación, la suerte de los bienes que le pertenecían se regirá de acuerdo con lo dispuesto en su acta de

constitución o en sus estatutos. Si nada se ha dispuesto, los bienes revierten al fundador o fundadores o, en su caso, a los herederos del fundador o fundadores.

Sin embargo, en el caso previsto en el artículo 23 del Código Civil, los bienes pasan a otra fundación o institución: transmisión que se asemeja a la sucesión de las personas naturales aunque exista la diferencia de que la fundación o institución beneficiaria recibe el patrimonio neto de la fundación disuelta, o sea, lo que resta después de pagar el pasivo correspondiente, mientras que el heredero recibe, en principio, tanto el activo como el pasivo del *de cujus*. En nuestro concepto, la atribución judicial del patrimonio de una fundación disuelta a otra fundación o institución no puede decretarse si el acto constitutivo o los estatutos disponen lo contrario.

Capítulo XXXV
PERSONAS JURIDICAS DE DERECHO PRIVADO:
PERSONAS DE TIPO ASOCIATIVO

[illegible] personalidad jurídica

CLASIFICACIÓN DE LAS PERSONAS DE TIPO ASOCIATIVO

[illegible] propiamente dichas y sociedades

I. Las corporaciones

[illegible]

II. Las asociaciones propiamente dichas

Las asociaciones propiamente dichas son las personas de tipo asociativo que [illegible] lucrativas [illegible] científicos, deportivos, culturales, etc.).

III. Las sociedades

Las sociedades son las personas de tipo asociativo que tienen por objeto [illegible] para sus miembros [illegible] se estudiarán [illegible].

[illegible]

1º Son sociedades mercantiles

A) Las que tienen por objeto [illegible] como tales (C. Com., art. 2º).

B) Las sociedades [illegible] responsabilidad limitada cualquiera que sea su objeto, salvo [illegible] explotación agrícola o pecuaria (C. Com., art. 200 [illegible]).

[illegible] se estudian en Derecho Mercantil (1er. Curso).

2º Son sociedades civiles todas las demás. Entre ellas forman categoría especial las sociedades civiles que revisten forma mercantil (p. ej., una sociedad anónima dedicada exclusivamente a la explotación agrícola).

CONSTITUCIÓN DE LAS PERSONAS DE TIPO ASOCIATIVO

I. El acto o negocio constitutivo

La constitución de las personas de tipo asociativo presupone la celebración de [illegible]

[illegible]

[illegible] oposición de intereses.

II. ADQUISICIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

[illegible] personalidad jurídica.

[illegible] 1º del ord. 3º).

[illegible]

nalidad jurídica cumpliendo las formalidades del Código de Comercio (C.C. art. 1.651, ap. 1º). La adquisición de la personalidad jurídica de las sociedades o compañías de comercio se rige por el Código de Comercio y se estudia en Derecho Mercantil.

IDENTIDAD, DOMICILIO Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS DE TIPO ASOCIATIVO

I. IDENTIDAD

Las personas de tipo asociativo tienen su propia identidad y la conservan independientemente de las modificaciones que pueda sufrir su substrato personal (sin perjuicio de que ciertos hechos relativos a sus miembros puedan extinguir determinadas categorías de personas de tipo asociativo).

Reflejo de la identidad de esas personas es su nombre que en Derecho Mercantil se llama *razón social* cuando se trata de sociedades en nombre colectivo o en comandita, y *denominación social* cuando se trata de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada. El nombre debe ser determinado en el acto constitutivo de la persona jurídica; pero en el caso de las corporaciones puede estar fijado por la ley que ordene su creación.

II. El domicilio general de las corporaciones, asociaciones y sociedades, cualesquiera que sea su objeto, se halla en el lugar donde esté situada su dirección o administración, salvo lo dispuesto en sus Estatutos o por leyes especiales (C.C. art. 28, 1ª disp.). Pero debe tenerse en cuenta que cuando las personas asociativas tengan agentes o sucursales establecidos en lugares distintos de aquel en el cual se halla su dirección o administración, se tendrá también como domicilio suyo el lugar de la agencia o sucursal, respecto de los hechos, actos y contratos que ejecuten o celebren por medio del agente o sucursal (C.C. art. 28, 2ª disp.)[1]. El Código de Comercio, a

1 En tal caso cuando la obligación surja en el lugar de un domicilio "accesorio" (lugar de la agencia o sucursal), la demanda puede introducirse tanto en ese domicilio accesorio como en el domicilio general. Así lo confirmó respecto de las sociedades la C.S.J., Sala de Casac. Civ., Merc. y del Trab., sent. de 30-X-1974 (R. & G., vol. XLV, p. 366).

su vez, establece que el domicilio de las sociedades o compañías de comercio, salvo disposición contraria del contrato constitutivo de la sociedad, se encuentra en el lugar donde tenga su establecimiento principal (C. Com. art. 203).

III. CAPACIDAD

En cuanto a la capacidad de las personas de tipo asociativo nos remitimos a lo expuesto en el capítulo XXXIII a propósito de las personas jurídicas en general.

DIRECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LAS PERSONAS DE TIPO ASOCIATIVO

En principio, la dirección y administración de las corporaciones está regulada en la respectiva ley especial, mientras que la dirección y administración de asociaciones y sociedades se deja a la autonomía de la voluntad. Sin embargo, la ley dicta numerosas reglas supletorias e interpretativas respecto de la dirección y administración de las sociedades sin que falten normas imperativas en la materia, especialmente en Derecho Mercantil.

A diferencia de las fundaciones, las personas de tipo asociativo en principio, no están sometidas a la inspección y vigilancia especiales del Estado. Sin embargo, existen excepciones respecto de algunas categorías de personas asociativas, en razón de su objeto (p. ej.: las cooperativas, empresas aseguradoras, bancos y otras instituciones de crédito, etc.). Además, el Código de Comercio prevé que el Estado, por medio de los organismos administrativos competentes, vigilará el cumplimiento de los requisitos establecidos para la constitución y funcionamiento de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada (C. Com. art. 200, parágrafo único).

EXTINCIÓN DE LAS PERSONAS DE TIPO ASOCIATIVO

I. Causas de extinción

Como todas las personas jurídicas, las de tipo asociativo se disuelven por la imposibilidad sobrevenida de alcanzar su objeto o por haberlo alcanzado.

Por otra parte, todas las personas de tipo asociativo se disuelven, en principio, por decisión de sus miembros o por desaparición de su substrato personal. Sin embargo, por una parte, existen corporaciones que no pueden ser disueltas por voluntad de sus miembros y, por otra, las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada no se disuelven por el hecho de haber adquirido uno de los socios la totalidad de las acciones o cuotas sociales (C. Com., art. 342, últ. ap.).

Además, las personas de tipo asociativo se disuelven por las causas de disolución establecidas para ellas por la ley y por sus Estatutos.

II. Suerte de los bienes

Extinguida la persona de tipo asociativo, la suerte de los bienes que resten después de haber satisfecho las obligaciones de aquella, se rige por lo establecido en la ley y sus Estatutos.

Asociaciones sin personalidad jurídica

Dado que el acto constitutivo por sí solo no otorga personalidad jurídica a las asociaciones (*lato sensu*), se comprende la posibilidad de que existan asociaciones sin personalidad jurídica, por no haberse cumplido las formalidades legales del caso. Ello ocurre a veces por negligencia; pero en muchas oportunidades es consecuencia de una decisión de los miembros motivada por el carácter transitorio o accidental de la asociación (p. ej.: en el caso de Comités Pro-Damnificados); por no requerirse la personalidad en orden a conseguir los fines perseguidos o por el deseo de mantener en secreto una negociación. Es obvio que el régimen de las asociaciones sin perso-

nalidad difiere del establecido para las personas de tipo asociativo en todo cuanto es consecuencia de la personalidad jurídica (identidad, nombre, domicilio, autonomía patrimonial, capacidad, dirección y administración, etc.). En particular debe señalarse que en este caso los bienes no pertenecen a la asociación, sino que están en comunidad entre sus miembros, de modo que la administración de los mismos se rige por las normas dictadas para la comunidad ordinaria, que se estudiarán en Derecho Civil II.

Por lo demás nuestro legislador no dictó normas expresas para reglamentar las asociaciones sin personalidad, ni tampoco estableció, como hizo el B.G.B., la aplicación a las mismas, de las normas que regulan las sociedades en cuanto les sean aplicables. Pero, la procedencia de esta aplicación analógica es evidente (C.C. art. 4º, ap. único).